

Verbod op kwantitatieve beperkingen tussen de lidstaten

Citation for published version (APA):

Chamon, M., & Capiiau, J. (2017). Verbod op kwantitatieve beperkingen tussen de lidstaten. In *Handels- en economisch recht : commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (pp. 17-69). Kluwer.

Document status and date:

Published: 01/01/2017

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Hoofdstuk 3.

VERBOD OP KWANTITATIEVE BEPERKINGEN TUSSEN DE LIDSTATEN

Art. 34. Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

Art. 34. Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres.

Art. 35. Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.

Art. 35. Les restrictions quantitatives à l'exportation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les Etats membres.

Art. 36. De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.

Art. 36. Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres.

Art. 37. 1. De lidstaten passen hun nationale monopolies van commerciële aard aan in dier voege dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten wat de voorwaarden van de voorziening en afzet betreft is uitgesloten.

De bepalingen van dit artikel zijn van toepassing op elk lichaam waardoor een lidstaat de invoer of de uitvoer tussen de lidstaten in rechte of in feite rechtstreeks of zijdelings beheerst, leidt of aanmerkelijk beïnvloedt. Deze bepalingen zijn eveneens van toepassing op de door een staat gedelegeerde monopolies.

tegen de in lid 1 vermelde beginselen indruist of de draagwijdte van de artikelen inzake het verbod op douanerechten en kwantitatieve beperkingen tussen de lidstaten beperkt.

3. Wanneer er een monopolie van commerciële aard bestaat, dat een regeling ter vergemakkelijking van de afzet of van de valorisatie van landbouwproducten omvat, dienen bij de toepassing van de bepalingen van dit artikel gelijkwaardige waarborgen te worden gegeven voor de werkgelegenheid en de levensstandaard van de betrokken producenten.

Art. 37. 1. Les États membres aménagent les monopoles nationaux présentant un caractère commercial, de telle façon que soit assurée, dans les conditions d'approvisionnement et de débouchés, l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants des États membres.

Les dispositions du présent article s'appliquent à tout organisme par lequel un État membre, de jure ou de facto, contrôle, dirige ou influence sensiblement, directement ou indirectement, les importations ou les exportations entre les États membres. Ces dispositions s'appliquent également aux monopoles d'État délégués.

2. Les États membres s'abstiennent de toute mesure nouvelle contraire aux principes énoncés au paragraphe 1 ou qui restreint la portée des articles relatifs à l'interdiction des droits de douane et des restrictions quantitatives entre les États membres.

3. Dans le cas d'un monopole à caractère commercial comportant une réglementation destinée à faciliter l'écoulement ou la valorisation de produits agricoles, il convient d'assurer, dans l'application des règles du présent article, des garanties équivalentes pour l'emploi et le niveau de vie des producteurs intéressés.

Geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de Europese Unie en het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (*Pb. C.* 7 juni 2016, afl. 202), goedgekeurd bij wet 19 juni 2008 (*BS* 19 februari 2009).

Commentaar bij art. 34-37 VWEU

Auteurs: Merijn CHAMON en Jeroen CAPIAU (*1)

Bijwerking: 1 augustus 2017

(*1) De inhoud van deze bijdrage is louter de verantwoordelijkheid van de auteurs en vertegenwoordigt niet het standpunt van de Europese Commissie.

EUROPESE WETGEVING

Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 houdende de opheffing van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, *Pb. L.* 19 januari 1970, afl. 13.

Verordening 2679/98/EG van de Raad van 7 december 1998 inzake de werking van de interne markt wat het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten betreft, *Pb. L.* 12 december 1998, afl. 337.

Verordening 764/2008/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van procedures voor de toepassing van bepaalde nationale technische voorschriften op goederen die in een andere lidstaat rechtmatig in de handel zijn gebracht, en tot intrekking van Beschikking nr. 3052/95/EG, *Pb.L.* 13 augustus 2008, afl. 218.

Richtlijn 2015/1535/EU van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, *Pb. L.* 17 september 2015, afl. 241.

MEDEDELINGEN VAN DE EUROPESE COMMISSIE

Mededeling van de Commissie over de gevolgen die uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 februari 1979 in de zaak 120/78 zijn te trekken (*Cassis de Dijon*), *Pb. C.* 3 oktober 1980, afl. 256.

Interpretatieve mededeling van de Commissie, Een gemakkelijker toegang voor goederen tot de markten van andere lidstaten: praktische toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning, *Pb. C.* 4 november 2003, afl. 265.

BELANGRIJKSTE RECHTSLEER

AUBRY-CAILLAUD, F., *Nouvelle approche et normalisation européenne en matière de libre circulation des marchandises*, Parijs, Pedone, 1998, 341 p.

AZOULAI, L., *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 384 p.

BRUNESSEN, B., GRARD, L., PÉRALDI LENEUF, F. en BLUMANN, C., *Introduction au marché intérieur : libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 2015, 542 p.

CHALMERS, D., 'Repackaging the internal market: the ramifications of the Keck judgment', *EL Rev.* 1994, 385-403.

DE VRIES, S.A., 'Goods revisited', *NTER* 2009, 121-130.

DONY M. en MARCUS L., 'Des marchandises made in UE/USA – La libre circulation des marchandises dans l'Union européenne et aux États-Unis', *Cahiers de droit européen* 2014, 337-388.

KOUTRAKOS, P., 'On groceries, alcohol and olive oil: more on free movement of goods after Keck', *EL Rev.* 2001, 391-407.

LENAERTS, K., 'Ontwikkelingen in het vrije verkeer van goederen', *SEW* 2015, 497-501.

MARCUS, L., 'Libre circulation des marchandises et critère d'interprétation, la saga continue avec les épisodes Scotch Whisky et Valev Visnapuu', *Journal de droit européen* 2017, 98-103.

MATTERA, A., 'De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck': l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions', *RMU* 1994, 117-160.

MORTELMANS, K., 'Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?', *CML Rev.* 1991, 115-136.

MORTELMANS, K., 'De Keck-check', *NTER* 2005, 247-261.

OLIVER, P., *Free movement of goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 534 p.

OLIVER, P. en ENCHELMAIER, S., 'Free movement of Goods: recent developments in the case law', *CML Rev.* 2007, 649-704.

PECHO, P., 'Good-Bye Keck?: A comment on the remarkable judgment in *Commission v. Italy*, C-110/05', *Legal Issues of Economic Integration* 2009, 257-272.

RITLENG, D., 'L'accès au marché est-il le critère de l'entrave aux libertés de circulation?', in DUBOUT, D. & MAITROT DE LA MOTTE, A. (eds), *L'unité des libertés de circulation: in varietate concordia*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 159-184.

SPAVENTA, E., 'Leaving *Keck* behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v. Italy* and *Mickelsson and Roos*', *EL Rev.* 2009, 914-932.

STUYCK, J., 'L'arrêt *Keck* et Mithouard (vente à perte) et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises', *CDE* 1994, 431-458.

STUYCK, J., 'Gourmet: une nouvelle brèche dans la jurisprudence '*Keck*'?', *CDE* 2004, 683-705.

VEDDER, H.H.B., 'Mickelsson & Roos – Markttoegang en de Euro-Defence tot het uiterste opgerekt', *NTER* 2010, 1-5.

WEATHERILL, S., 'After *Keck*: some thoughts on how to clarify the clarification', *CML Rev.* 1996, 885-906.

WHITE, E., 'In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty', *CML Rev.* 1989, 235-280.

WOODS, L., *Free movement of goods and services within the European Community*, Aldershot, Ashgate, 2004, 307 p.

Zie verder de in voetnoot vermelde publicaties.

BELANGRIJKSTE RECHTSPRAAK

HvJ 15 juni 1964, nr. 6/64, *Costa v. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66

HvJ 10 december 1968, nr. 7/68, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1968:51

HvJ 8 juni 1971, nr. 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft*, ECLI:EU:C:1971:59

HvJ 15 december 1971, nrs. 51/71 tot 54/71, *International Fruit Company*, ECLI:EU:C:1971:128

HvJ 12 juli 1973, nr. 2/73, *Geddo*, ECLI:EU:C:1973:89

HvJ 30 april 1974, nr. 155-73, *Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40

HvJ 3 februari 1976, nr. 59/75, *Manghera*, ECLI:EU:C:1976:14

HvJ 25 januari 1977, nr. 46/76, *Bauhuis*, ECLI:EU:C:1977:6

HvJ 3 februari 1977, nr. 53/76, *Bouhelier*, ECLI:EU:C:1977:17

HvJ 5 oktober 1977, nr. 5/77, *Tedeschi*, ECLI:EU:C:1977:144

HvJ 29 november 1978, nr. 83/78, *Pigs Marketing Board*, ECLI:EU:C:1978:214

HvJ 20 februari 1979, nr. 120/78, *Rewe* ('*Cassis de Dijon*'), ECLI:EU:C:1979:42

HvJ 8 november 1979, nr. 15/79, *Groenveld*, ECLI:EU:C:1979:253

HvJ 8 november 1979, nr. 251/78, *Denkavit*, ECLI:EU:C:1979:252

HvJ 17 juni 1981, nr. 113/80, *Commissie v. Ierland*, ECLI:EU:C:1981:139

HvJ 14 juli 1981, nr. 155/80, *Oebel*, ECLI:EU:C:1981:177

HvJ 14 juli 1983, nr. 174/82, *Sandoz*, ECLI:EU:C:1983:213

HvJ 10 juli 1984, nr. 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256

HvJ 11 maart 1986, nr. 121/85, *Conegate*, ECLI:EU:C:1986:114

HvJ 14 juli 1988, nr. 407/85, *Drei Glocken*, ECLI:EU:C:1988:401

HvJ 18 mei 1989, nrs. 266 en 267/87, *Royal Pharmaceutical Society*, ECLI:EU:C:1989:205

HvJ 23 november 1989, nr. C-145/88, *Torfaen*, ECLI:EU:C:1989:593

HvJ 7 maart 1990, nr. C-69/88, *Krantz*, ECLI:EU:C:1990:97

HvJ 13 december 1990, nr. C-347/88, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1990:470

HvJ 28 februari 1991, nr. C-312/89, *Conforama*, ECLI:EU:C:1991:93

HvJ 28 februari 1991, nr. C-332/89, *Marchandise*, ECLI:EU:C:1991:94

HvJ 9 juli 1992, nr. C-2/90, *Commissie v. België*, ECLI:EU:C:1992:310

HvJ 16 december 1992, nr. C-169/91, *Stoke-on-Trent*, ECLI:EU:C:1992:519

HvJ 25 mei 1993, nr. C-228/91, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1993:206

HvJ 24 november 1993, nrs. C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905

HvJ 27 april 1994, nr. C-393/92, *Almelo*, ECLI:EU:C:1994:171

HvJ 2 juni 1994, nrs. C-401/92 en C-402/92, *Tankstation 't Heukske*, ECLI:EU:C:1994:220

HvJ 14 juli 1994, nr. C-379/92, *Peralta*, ECLI:EU:C:1994:296

HvJ 29 juni 1995, nr. C-391/92, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1995:199

HvJ 30 april 1996, nr. C-194/94, *CIA Securitel International*, ECLI:EU:C:1996:172

HvJ 26 juni 1997, nr. C-368/95, *Familiapress*, ECLI:EU:C:1997:325

HvJ 9 juli 1997, nrs. C-34/95 tot C-36/95, *De Agostini en TV Shop*, ECLI:EU:C:1997:344

HvJ 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:1997:499

HvJ 23 oktober 1997, nr. C-158/94, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1997:500

HvJ 23 oktober 1997, nr. C-159/94, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:501

HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504

HvJ 9 december 1997, nr. C-265/95, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:595

HvJ 19 maart 1998, nr. C-1/96, *Compassion in World Farming*, ECLI:EU:C:1998:113

HvJ 28 april 1998, nr. C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167

HvJ 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp*, ECLI:EU:C:1998:316

HvJ 3 december 1998, nr. C-67/97, *Bluhme*, ECLI:EU:C:1998:584

HvJ 13 januari 2000, nr. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass*, ECLI:EU:C:2000:12

HvJ 16 mei 2000, nr. C-388/95, *België v. Spanje*, ECLI:EU:C:2000:244

HvJ 12 september 2000, nr. C-366/98, *Geffroy*, ECLI:EU:C:2000:430

HvJ 26 september 2000, nr. C-443/98, *Unilever*, ECLI:EU:C:2000:496

HvJ 14 december 2000, nr. C-55/99, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:2000:693

HvJ 8 maart 2001, nr. C-405/98, *Gourmet International Products*, ECLI:EU:C:2001:135

HvJ 22 januari 2002, nr. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, ECLI:EU:C:2002:34

HvJ 6 juni 2002, nr. C-159/00, *Sapod Audic*, ECLI:EU:C:2002:343

HvJ 24 oktober 2002, nr. C-99/01, *Linhart*, ECLI:EU:C:2002:618

HvJ 5 november 2002, nr. C-325/00, *Commissie v. Duitsland*, ECLI:EU:C:2002:633

HvJ 2 oktober 2003, nr. C-12/02, *Marco Grilli*, ECLI:EU:C:2003:538

HvJ 23 oktober 2003, nr. C-115/02, *Rioglass*, ECLI:EU:C:2003:587

HvJ 11 december 2003, nr. C-322/01, *DocMorris*, ECLI:EU:C:2003:664

HvJ 25 maart 2004, nr. C-71/02, *Karner*, ECLI:EU:C:2004:181

HvJ 2 december 2004, nr. C-41/02, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:2004:762

HvJ 26 mei 2005, nr. C-20/03, *Burmanjer*, ECLI:EU:C:2005:307

HvJ 31 mei 2005, nr. C-438/02, *Hanner*, ECLI:EU:C:2005:332

HvJ 23 februari 2006, nr. C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels*, ECLI:EU:C:2006:141

HvJ 28 september 2006, nr. C-434/04, *Ahokainen*, ECLI:EU:C:2006:609

HvJ 26 oktober 2006, nr. C-65/06, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:2006:673

HvJ 16 december 2008, nr. C-205/07, *Gysbrechts*, ECLI:EU:C:2008:730

HvJ 10 februari 2009, nr. C-110/05, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:2009:66

HvJ 30 april 2009, nr. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, ECLI:EU:C:2009:276

HvJ 4 juni 2009, nr. C-142/05, *Åklageren v. Percy Mickelsson en Joakim Roos*, ECLI:EU:C:2009:336

HvJ 2 december 2010, nr. C-108/09, *Ker-Optika bt v. ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete*, ECLI:EU:C:2010:725

HvJ 16 december 2010, nr. C-137/09, *Josemans*, ECLI:EU:C:2010:774

HvJ 26 april 2012, nr. C-456/10, *ANETT*, ECLI:EU:C:2012:241

HvJ 21 juni 2012, nr. C-5/11, *Donner*, ECLI:EU:C:2012:370

HvJ 12 juli 2012, nr. C-171/11, *Fra.bo*, ECLI:EU:C:2012:453

HvJ 20 maart 2014, nr. C-639/11, *Commissie v. Polen*, ECLI:EU:C:2014:173

HvJ 3 april 2014, nr. C-428/12, *Commissie v. Spanje*, ECLI:EU:C:2014:218

HvJ 12 november 2015, nr. C-198/14, *Visnapuu*, ECLI:EU:C:2015:751

HvJ 23 december 2015, nr. C-333/14, *Scotch Whiskey Association*, ECLI:EU:C:2015:845

HvJ 17 maart 2016, nr. C-472/14, *Canadian Oil Company Sweden AB*, ECLI:EU:C:2016:171

HvJ 21 juni 2016, nr. C-15/15, *New Valmar*, ECLI:EU:C:2016:464

HvJ 21 september 2016, nr. C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV*, ECLI:EU:C:2016:704

HvJ 22 september 2016, nr. C-525/14, *Commissie v. Tsjechië*, ECLI:EU:C:2016:714

HvJ 19 oktober 2016, nr. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, ECLI:EU:C:2016:776

HvJ 27 oktober 2016, nr. C-220/15, *Commissie v. Duitsland*, ECLI:EU:C:2016:815

Zie verder de in voetnoot vermelde rechtspraak.

COMMENTAAR

Schema

- I. Toepassingsgebied
- II. Kwantitatieve invoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 VWEU)
 - A. Definitie van maatregelen van gelijke werking
 - B. *Cassis de Dijon*-doctrine
 - 1. Wederzijdse erkenning
 - 2. Rule of reason
 - C. *Keck en Mithouard*
 - D. Verdere verfijning van de rechtspraak
 - E. Samengevat
- III. Preventieve kennisgevingsprocedure (richtlijn 2015/1535)
- IV. Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 35 VWEU)
 - A. *Groenveld*-test
 - B. Dwingende vereisten?
- V. Uitzonderingen: artikel 36 VWEU en de ‘rule of reason’
 - A. Artikel 36 VWEU
 - B. Rule of reason
- VI. Nationale monopolies van commerciële aard (art. 37 VWEU)

De artikelen 34 en 35 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) vormen de kernbepalingen van het vrije goederenverkeer binnen de interne markt. Zij verbieden alle kwantitatieve beperkingen en maatregelen van gelijke werking op het vlak van de invoer (art. 34 VWEU), de uitvoer (art. 35 VWEU) en de doorvoer (*1) van goederen tussen de lidstaten. Beide bepalingen hebben sinds het einde van de overgangperiode directe werking en kunnen als zodanig door particulieren en ondernemingen tegen de overheid worden ingeroepen voor de nationale rechter. (*2)

I. Toepassingsgebied

Vooraleer in te gaan op de vraag welke beperkingen op het vrije goederenverkeer verboden zijn, is het noodzakelijk om na te gaan wat in de eerste plaats onder het vrij verkeer van goederen valt. In *Commissie v. Italië* oordeelde het Hof: “onder goederen ... moeten

(*1) Zie HvJ 23 oktober 2003, nr. C-115/02, *Rioglasi*, ECLI:EU:C:2003:587, ro. 18-20, waarin het Hof het bestaan erkent van een algemeen beginsel van vrije doorvoer van goederen binnen de Unie, ongeacht of ze onderweg zijn naar een andere lidstaat dan wel naar een derde land.

(*2) Voor art. 34 VWEU, zie: HvJ 22 maart 1977, nr. 74/76, *Iannelli & Volpi*, ECLI:EU:C:1977:51, ro. 13.

worden verstaan de waren die op geld waardeerbaar zijn en als zodanig het voorwerp van handelstransacties kunnen vormen.” (*1) Deze zeer brede definitie volgde uit de specifieke feiten die ten grondslag lagen aan de zaak, aangezien Italië betwistte dat artistieke en historische goederen net als ‘gewone’ verbruiksgoederen onder het vrij verkeer van goederen vielen. In zijn latere rechtspraak heeft het Hof één en ander verder gekwalificeerd en dan voornamelijk om het vrij verkeer van goederen af te bakenen van de andere vrijheden: zo vallen financiële instrumenten *prima facie* ook onder de brede definitie van goederen, maar zijn op hen de regels van het vrij verkeer van kapitaal van toepassing (*2); loterijactiviteiten, niettegenstaande er ook lotjes worden verkocht, vallen niet onder het vrij verkeer van goederen, maar worden als diensten beschouwd (*3); hetzelfde geldt voor de verkoop van dranken en snacks in cafés aangezien de dienstverlening in de horeca zwaarder doorweegt dan de levering van het eigenlijke goed. (*4) In de *Josemans* zaak verduidelijkte het Hof verder dat soft drugs, ook indien de verkoop en het gebruik door de nationale overheid gedoogd worden, niet onder het vrij verkeer van goederen vallen wegens hun illegaal karakter. (*5) Goederen hoeven echter niet tastbaar te zijn. Daar waar het Hof in *Sacchi* oordeelde dat televisieberichten geen goederen, maar diensten uitmaakten (*6), werd elektriciteit in de *Almelo* zaak als een goed gekwalificeerd. (*7) Ook software, in casu elektronische computerspellen, werd door het Hof als een goed gekwalificeerd. (*8) Tot slot moet nog opgemerkt worden dat ook goederen met een negatieve waarde onder het vrij verkeer van goederen kunnen vallen. In *Commissie v. België* bevestigde het Hof dat niet-recycleerbaar en niet-herbruikbaar afval toch onder de regels van het vrij verkeer van goederen valt. (*9)

Eenmaal goederen afkomstig uit derde landen (dus niet-EU lidstaten) in het vrij verkeer zijn gebracht worden ze definitief en volledig gelijkgesteld met goederen van oorsprong uit de EU lidstaten. Om in het vrij verkeer gebracht te worden, moeten alle invoerformaliteiten zijn verricht en moet aan de verschuldigde douanerechten en heffingen van gelijke werking zijn voldaan. (*10)

De verbodsbepalingen in artikelen 34 en 35 VWEU zijn in de eerste plaats uiteraard gericht tot de lidstaten, ongeacht de hoedanigheid waarin zij optreden. Dit houdt in dat het verbod geldt voor de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht,

(*1) HvJ 10 december 1968, nr. 7/68, ECLI:EU:C:1968:51; voor art. 35 VWEU zie HvJ 29 november 1978, nr. 83/78, *Pigs Marketing Board*, ECLI:EU:C:1978:214, ro. 66.

(*2) HvJ 21 oktober 1999, nr. C-97/98, *Jägerskiöld*, ECLI:EU:C:1999:515, ro. 34.

(*3) HvJ 24 maart 1994, nr. C-275/92, *Schindler*, ECLI:EU:C:1994:119, ro. 23-24.

(*4) HvJ 16 december 2010, nr. C-137/09, *Josemans*, ECLI:EU:C:2010:774, ro. 49-50.

(*5) HvJ 16 december 2010, nr. C-137/09, *Josemans*, ECLI:EU:C:2010:774, ro. 41-42.

(*6) HvJ 30 april 1974, nr. 155-73, *Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40, ro. 6-7. Zie ook HvJ 18 maart 1980, nr. 52/79, *Debaue*, ECLI:EU:C:1980:83.

(*7) HvJ 27 april 1994, nr. C-393/92, *Almelo*, ECLI:EU:C:1994:171, ro. 28.

(*8) HvJ 26 oktober 2006, nr. C-65/06, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:2006:673, ro. 24.

(*9) HvJ 9 juli 1992, nr. C-2/90, *Commissie v. België*, ECLI:EU:C:1992:310, ro. 28.

(*10) Zie HvJ 22 september 2016, nr. C-525/14, *Commissie v. Tsjechië*, ECLI:EU:C:2016:714, ro. 36-37 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

de overheid staatsgezag uitoefenen (*1), of direct of indirect onder de controle van de overheid vallen. (*2) Artikelen 34 en 35 VWEU binden evenwel ook de EU-instellingen (*3), met name wanneer zij verdere wetgeving aannemen ter regulering van de interne markt. Onder de hiërarchie der rechtsnormen moeten immers ook de handelingen van secundair recht conformeren aan het primair Unierecht. Dit betekent echter niet dat de verbodsbepalingen op een gelijke wijze voor de lidstaten en de EU instellingen gelden. Laatsten hebben doorgaans immers een grote beoordelingsmarge wanneer zij wetgeving aannemen. Concreet betekent dit dat het Hof secundaire uniewetgeving enkel ongeldig zal verklaren wegens een manifeste schending van artikel 34 VWEU (of art. 35 VWEU). (*4) Tot slot stelt zich de vraag of en in hoeverre de bepalingen inzake het vrij verkeer tot particulieren en ondernemingen gericht zijn en deze bepalingen bijgevolg horizontale directe werking toekomt. Tot op heden oordeelt het Hof hier ontkennend, aangezien artikel 34 VWEU geen betrekking heeft “*op gedragingen van ondernemingen.*” (*5) Wel heeft het Hof in *Fra.bo* een bijkomende nuance aangebracht en geoordeeld dat artikel 34 VWEU van toepassing is “*op de normerings- en certificeringsactiviteiten van een privaatrechtelijke organisatie wanneer de nationale wetgeving de door deze organisatie gecertificeerde producten als in overeenstemming met het nationale recht beschouwt en dit de verhandeling van producten die door deze organisatie niet zijn gecertificeerd, bemoeilijkt.*” (*6) In tegenstelling tot de advocaat-generaal in deze zaak (*7) ging het Hof niet in op de horizontale directe werking van artikel 34 VWEU. Voor het Hof lijkt deze zaak dus meer op die gevallen waarin aan privaatrechtelijke organisaties specifieke (regulerings)bevoegdheden worden toegekend door de overheid. (*8)

II. Kwantitatieve invoerbepalingen en maatregelen van gelijke werking (art. 34 VWEU)

Kwantitatieve invoerbepalingen worden door het Hof van Justitie gedefinieerd als maatregelen die de invoer of doorvoer geheel of ten dele beletten. (*9) Het betreft

(*1) HvJ 18 mei 1989, nr. 266 en 267/87, *Royal Pharmaceutical Society of Great Britain*, ECLI:EU:C:1989:205, ro. 13-16.

(*2) HvJ 5 november 2002, nr. C-325/00, *Commissie v. Duitsland*, ECLI:EU:C:2002:633, ro. 17.

(*3) HvJ 20 april 1978, nr. 80 en 81/77, *Les Commissionnaires Réunis*, ECLI:EU:C:1978:87, ro. 35; HvJ 17 mei 1984, nr. 15/83, *Denkavit*, ECLI:EU:C:1984:183, ro. 15.

(*4) HvJ 12 juli 2005, nr. C-154 en C-155/04, *Alliance for Natural Health*, ECLI:EU:C:2005:449, ro. 47-52.

(*5) HvJ 1 oktober 1987, nr. 311/85, *Vereniging van Vlaamse Reishureaus*, ECLI:EU:C:1987:418, ro. 30. Zie verder HvJ 6 juni 2002, nr. C-159/00, *Sapod Audic*, ECLI:EU:C:2002:343, ro. 74.

(*6) HvJ 12 juli 2012, nr. C-171/11, *Fra.bo*, ECLI:EU:C:2012:453, ro. 32.

(*7) Conclusie van AG Trstenjak van 28 maart 2012 in nr. C-171/11, *Fra.bo*, ECLI:EU:C:2012:176.

(*8) Voor een discussie, zie Herman van Harten en Thomas Nauta, Nog geen horizontale rechtstreekse werking van het vrije verkeer van goederen?, (2012) *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 10, pp. 329-335; Peter Oliver, L'article 34 TFUE peut-il avoir un effet direct horizontal?, (2014) *Cahiers de droit européen* 1, pp. 77-96.

(*9) HvJ 12 juli 1973, nr. 2/73, *Geddo*, ECLI:EU:C:1973:89, ro. 7.

overheidsmaatregelen die de in- of doorvoer beperken op basis van de hoeveelheid (quota) of de waarde van de goederen. Aangezien een absoluut verbod om bepaalde goederen in te voeren neerkomt op een nulquotum, wordt dit door het Hof ook aangezien als een kwantitatieve beperking. (*1) Het verbod is in de praktijk echter niet actueel meer, aangezien de meeste kwantitatieve beperkingen reeds bij de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag waren afgeschaft in het kader van de OEEF en later in het kader van de GATT.

Terwijl het verbod van kwantitatieve beperkingen geen echte problemen opleverde, kent het verbod van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen een meer controversieel bestaan. Het begrip ‘maatregel van gelijke werking’ wordt evenmin gedefinieerd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zodat opnieuw het Hof van Justitie, nadat de Commissie zelf eerst een poging had ondernomen (*2), er een gepaste invulling diende aan te geven.

A. DEFINITIE VAN MAATREGELEN VAN GELIJKE WERKING

Het Hof heeft het begrip gedefinieerd in het arrest *Dassonville*, waarin een Belgische regeling werd gevisieerd die de import van Scotch Whisky verbood, wanneer die niet vergezeld was van een certificaat van oorsprong. Maatregelen van gelijke werking worden omschreven als *“iedere handelsregeling der lidstaten die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren.”* (*3)

Deze definitie is bijzonder breed. Het Hof legt daarbij niet zozeer de nadruk op het discriminatoire karakter van een overheidsmaatregel, maar schuift de mogelijke invloed die deze maatregel kan hebben op de intracommunautaire handel als beslissend criterium naar voren. Het is dus van fundamenteel belang te kijken naar de, zelfs potentiële, gevolgen van een overheidsmaatregel om te bepalen of het om een verboden maatregel van gelijke werking gaat of niet. Het doel van de maatregel is bijgevolg minder belangrijk. Voor ondernemingen vormt dit een interessante invalshoek, aangezien zij niet verplicht worden de concrete gevolgen van een maatregel aan te tonen, maar kunnen volstaan met het bewijs dat een overheidsmaatregel in het algemeen een beperkend effect kan hebben op de invoer van de desbetreffende goederen. Enkel indien de beperking van het intracommunautaire goederenverkeer

(*1) HvJ 14 december 1979, nr. 34/79, *Henn en Darby*, ECLI:EU:C:1979:295, ro. 11-13. In andere arresten kwalificeerde het Hof een absoluut invoerverbod als een maatregel van gelijke werking. Zie o.a.: HvJ 15 juli 1982, nr. 40/82, *Commissie v. VK*, ECLI:EU:C:1984:33. Dit verschil in kwalificatie heeft echter geen gevolgen voor de toepassing van art. 34 VWEU. In beide gevallen zijn de nationale maatregelen verboden, tenzij ze kunnen worden gerechtvaardigd op basis van art. 36 VWEU.

(*2) Richtlijn 70/50/EEG van de Commissie van 22 december 1969 houdende de opheffing van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen, niet bedoeld in andere krachtens het EEG-Verdrag vastgestelde bepalingen, *Pb. L.* 19 januari 1970, afl. 13. De Commissie beoogde voornamelijk maatregelen die, al dan niet rechtstreeks, een onderscheid maken tussen ingevoerde en nationale producten.

(*3) HvJ 11 juli 1974, nr. 8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, ro. 5.

weigeren. (*1) Dit mag echter niet worden verward met een 'de minimis'-bepaling, aangezien geen dergelijke regel bestaat in het kader van het vrije verkeer van goederen. Bijgevolg doet het feit dat de nationale regeling slechts van toepassing is op een zeer geringe hoeveelheid van ingevoerde (of uitgevoerde) producten, geen afbreuk aan de toepassing van art. 34 VWEU (of art. 35 VWEU). Bijgevolg worden ook belemmeringen van beperkte omvang of belemmeringen die slechts een zeer geringe administratieve of financiële belasting voor de fabrikanten en importeurs vormen, door artikel 34 VWEU (of art. 35 VWEU) gevat. (*2)

Ook het begrip 'handelsregeling der lidstaten' wordt zeer ruim geïnterpreteerd. Zoals eerder reeds werd opgemerkt kunnen ook regelingen aangenomen door privaatrechtelijke entiteiten onder artikel 34 VWEU vallen. Hetzelfde geldt voor maatregelen die slechts op een deel van het grondgebied van een lidstaat betrekking hebben. (*3)

Op basis van de *Dassonville*-definitie zouden ook niet-discriminerende invoerbeperkingen onder het verbod van artikel 34 VWEU kunnen vallen. Toch werd er tot eind jaren 1970 van uitgegaan dat artikel 34 VWEU enkel van toepassing was op discriminerende overheidsmaatregelen, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen nationale en ingevoerde producten. De zaken die aan het Hof werden voorgelegd, zoals de zaak *Dassonville* zelf, betroffen immers allemaal discriminerende maatregelen. Pas wanneer het Hof werd gevraagd zich uit te spreken over een niet-discriminerende maatregel, bleek de draagwijdte van artikel 34 VWEU veel ruimer dan voorheen werd aangenomen.

B. *CASSIS DE DIJON*-DOCTRINE

In het arrest *Cassis de Dijon* moest het Hof zich uitspreken over een Duitse regeling voor de verhandeling van alcoholhoudende drank waarin voor verschillende soorten drank een minimumpercentage alcohol werd vastgelegd. (*4) De invoer in Duitsland van de Franse likeur 'Cassis de Dijon' werd op basis van die regeling verhinderd, omdat deze drank een te laag alcoholgehalte had. Een dergelijke vruchtenlikeur mocht in Duitsland enkel worden verhandeld, indien het alcoholpercentage minimaal 25 % bedroeg, terwijl 'Cassis de Dijon' legaal in Frankrijk werd verkocht met een alcoholpercentage tussen de 15 en 20 %. Het Hof kwalificeerde deze maatregel, hoewel zonder

(*1) HvJ 7 maart 1990, nr. C-69/88, *Krantz*, ECLI:EU:C:1990:97, ro. 11; HvJ 14 juli 1994, nr. C-379/92, *Peralta*, ECLI:EU:C:1994:296, ro. 24; HvJ 21 september 1999, nr. C-44/98, *BASF*, ECLI:EU:C:1999:440, ro. 20-21; HvJ 26 mei 2005, nr. C-20/03, *Burmanjer*, ECLI:EU:C:2005:307, ro. 31.

(*2) HvJ 27 oktober 2016, nr. C-220/15, *Commissie v. Duitsland*, ECLI:EU:C:2016:815, ro. 52-53.

(*3) HvJ 3 december 1998, nr. C-67/97, *Bluhme*, ECLI:EU:C:1998:584, ro. 20.

(*4) HvJ 20 februari 1979, nr. 120/78, *Rewe* ('*Cassis de Dijon*'), ECLI:EU:C:1979:42.

onderscheid van toepassing op ingevoerde en nationale producten, als een verboden maatregel van gelijke werking.

Voor het eerst werd expliciet bevestigd dat de ruime definitie in het arrest *Dassonville* tot gevolg had dat het verbod van artikel 34 VWEU van toepassing werd op een uitermate breed spectrum van wettelijke en bestuursrechtelijke overheidsmaatregelen die niet noodzakelijk een onderscheid maken tussen ingevoerde en nationale producten. Vanaf dan werd het duidelijk dat het verbod van artikel 34 VWEU twee grote categorieën maatregelen van gelijke werking treft: (i) discriminerende maatregelen of maatregelen met onderscheid en (ii) niet-discriminerende maatregelen of maatregelen zonder onderscheid.

Deze opdeling is niet enkel van theoretisch belang, maar heeft ook belangrijke gevolgen voor wat betreft de mogelijke rechtvaardigingsgronden opgesomd in artikel 36 VWEU en de ‘rule of reason’ (zie verder de commentaar bij art. 36 VWEU en de ‘rule of reason’).

Gelet op het bijzonder grote aantal arresten waarin artikel 34 VWEU wordt toegepast, is het quasi onmogelijk een exhaustieve inventaris op te maken van alle nationale bepalingen die door het Hof beschouwd worden als maatregelen van gelijke werking. (*1) Uit de rechtspraak kunnen wel een aantal typerende voorbeelden gelicht worden van zowel discriminerende maatregelen als van maatregelen zonder onderscheid. De volgende maatregelen vormen een gepaste illustratie van de eerste categorie: invoervergunningen (*2), verplichting bij invoer certificaten van oorsprong voor te leggen (*3), verplichte vermelding van het land van oorsprong (*4), verplichting tot het aanstellen van een vertegenwoordiger op het grondgebied van de lidstaat van invoer (*5), verplichting tot het hebben van opslagvoorzieningen in de lidstaat van invoer (*6), discriminerende betalingsvoorwaarden (*7), voorbehouden van openbare aanbestedingen aan nationale producten (*8), aansporen tot het kopen van binnenlandse producten (*9), voorbehouden van kwaliteitsmerken aan nationale producten (*10), enz.

(*1) Voor een lovenswaardige poging tot inventarisering, zie de bijdrage van K. MORTELMANS, ‘De werking van de interne markt: de vrijheden’ in P.J.G. KAPTEYN en P. VERLOREN VAN THEMAT, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer, Kluwer, 2003, 537-540.

(*2) HvJ 15 december 1971, zaken nrs. 51/71 tot 54/71, *International Fruit Company*, ECLI:EU:C:1971:128.

(*3) HvJ 11 juli 1974, nr. 8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82.

(*4) HvJ 17 juni 1981, nr. 113/80, *Commissie v. Ierland*, ECLI:EU:C:1981:139; HvJ 27 april 1985, nr. 207/83, *Commissie v. Verenigd Koninkrijk*, ECLI:EU:C:1985:161.

(*5) HvJ 2 maart 1983, nr. 155/82, *Commissie v. België*, ECLI:EU:C:1983:53.

(*6) HvJ 12 oktober 1978, nr. 13/78, *Eggers*, ECLI:EU:C:1978:182.

(*7) HvJ 9 juni 1982, nr. 95/81, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1982:216.

(*8) HvJ 22 september 1988, nr. 45/87, *Commissie v. Ierland*, ECLI:EU:C:1988:435.

(*9) HvJ 24 november 1982, nr. 249/81, *Buy Irish*, ECLI:EU:C:1982:402; HvJ 13 december 1983, nr. 222/82, *Apple and Pear Development Council*, ECLI:EU:C:1983:370.

(*10) HvJ 5 november 2002, nr. C-325/00, *Commissie v. Duitsland*, ECLI:EU:C:2002:633.

van het Hof voortvloeiende uit de maatregelen die zij voornamelijk op het vlak van technische reglementeringen, zoals voorschriften inzake de samenstelling van producten (*1), hun verpakking (*2), hun benaming (*3), hun vorm (*4), hun afmetingen (*5), hun gewicht, de presentatie of etikettering (*6), enz. Dergelijke voorschriften zijn in de regel immers zonder onderscheid van toepassing op zowel nationale als ingevoerde producten, maar hebben in hoofdzaak een negatieve impact op deze laatste, omdat hun concurrentiepositie wordt aangetast door de extra kosten vereist om aan de specifieke nationale regels te voldoen. In zijn oudere rechtspraak oordeelde het Hof daarom dat ook nationale prijsvoorschriften, zoals minimum-, maximum- of uniforme prijzen, onder deze categorie van verboden maatregelen van gelijke werking kunnen vallen, wanneer ze een beperkend effect hebben op de handel tussen de lidstaten. (*7) Prijsmaatregelen kunnen er immers toe leiden dat het concurrentievoordeel van lager geprijste ingevoerde producten wordt tenietgedaan ten voordele van de eigen, oorspronkelijk duurdere, nationale productie. (*8) In meer recente rechtspraak worden prijsmaatregelen evenwel aangemerkt als verkoopsmodaliteiten in de zin van *Keck en Mithouard* (zie verder) die aan het verbod van artikel 34 VWEU kunnen ontsnappen. (*9)

Uit de definitie van maatregelen van gelijke werking blijkt duidelijk dat het Hof van Justitie bij de interpretatie en toepassing van artikel 34 VWEU uitgaat van de doelstelling van het Verdrag, met name de totstandkoming van een echte interne markt. (*10) Het Hof hanteert een marktintegratiebegrip dat uitgaat van de omstandigheden op de markt van de lidstaat van invoer. Elke maatregel die de invoer

(*1) HvJ 19 februari 1981, nr. 130/80, *Kelderman*, ECLI:EU:C:1981:49; HvJ 17 maart 1983, nr. 94/82, *Kikvorsch*, ECLI:EU:C:1983:85; HvJ 12 maart 1987, nr. 176/84, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1987:125; HvJ 14 juli 1988, nr. 407/85, *Drei Glocken*, ECLI:EU:C:1988:401.

(*2) HvJ 4 december 1986, nr. 179/85, *Commissie v. Duitsland*, ECLI:EU:C:1986:466.

(*3) HvJ 2 februari 1994, nr. C-315/92, *Clinique*, ECLI:EU:C:1994:34.

(*4) HvJ 10 november 1982, nr. 261/81, *Rau*, ECLI:EU:C:1982:382.

(*5) HvJ 12 oktober 2000, nr. C-3/99, *Cidre de Ruwet*, ECLI:EU:C:2000:560.

(*6) HvJ 16 december 1980, nr. 27/80, *Fietje*, ECLI:EU:C:1980:293; HvJ 3 juni 1999, nr. C-33/97, *Colim*, ECLI:EU:C:1999:274; HvJ 12 september 2000, nr. C-366/98, *Geffroy*, ECLI:EU:C:2000:430.

(*7) HvJ 16 november 1977, nr. 13/77, *GB-Inno-BM v. ATAB*, ECLI:EU:C:1977:185; HvJ 24 januari 1978, nr. 82/77, *Van Tiggele*, ECLI:EU:C:1978:10; HvJ 29 januari 1985, nr. 231/83, *Cullet*, ECLI:EU:C:1985:29;

(*8) HvJ 29 januari 1985, nr. 231/83, *Cullet*, ECLI:EU:C:1985:29, ro. 23.

(*9) Zie HvJ 30 april 2009, nr. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, ECLI:EU:C:2009:276. In deze zaak werd evenwel niet voldaan aan de voorwaarden van *Keck en Mithouard*, waardoor de prijsmaatregel alsnog als een verboden maatregel van gelijke werking werd gekwalificeerd. In de *Colruyt*zaak oordeelde het Hof dat het Belgisch verbod om tabak te verkopen onder de prijs die de fabrikant of importeur op de fiscale zegel heeft aangebracht, een verkoopsmodaliteit was die aan de voorwaarden van *Keck en Mithouard* voldeed en dus buiten het verbod van artikel 34 VWEU viel. Zie HvJ 21 september 2016, nr. C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV*, ECLI:EU:C:2016:704. Echter hier moet ook worden gewezen op een tendens bij het Hof om de kwalificatie van de maatregel achterwege te laten en meteen te kijken naar de effecten voor de markttoegang (zie voetnoot 101). Zo ook in *Deutsche Parkinson* waarin een nationale maatregel die vaste prijzen oplegde voor receptplichtige medicijnen niet meer expliciet als verkoopsmodaliteit werd gekwalificeerd. Zie HvJ 19 oktober 2016, nr. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, ECLI:EU:C:2016:776.

(*10) De interne markt wordt in art. 26 VWEU gedefinieerd als 'een ruimte zonder binnengrenzen waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd volgens de bepalingen van dit Verdrag'.

van een product uit een andere lidstaat bemoeilijkt of minder aantrekkelijk maakt dan het verhandelen van nationale producten, wordt als een handelsbelemmering gezien. Zo werd door het Hof de volgende nationale regelingen verder als maatregelen van gelijke werking gekwalificeerd: de verplichting om een voorafgaande administratieve goedkeuring te krijgen voor de verkoop van satellietontvangers en -decoders (*1), een verbod op postorderverkoop van geneesmiddelen (*2), het opleggen van uniforme prijzen voor geneesmiddelen op voorschrift (*3), de verplichting om rolstoelen op een lijst in te schrijven alvorens in aanmerking te komen voor terugbetaling (*4), een verbod op de verkoop in automaten van niet-verpakte kauwgom (*5), de verplaatsing van het stuur naar de linkerkant van occasieauto's met een aan de rechterkant geplaatste stuurinrichting als voorwaarde om de auto in te registreren (*6) en de vereiste dat minstens één vrachtwagen (in een vloot) niet ouder is dan vijf maand bij de registratie voor het verkrijgen van een vervoersvergunning. (*7)

Ten slotte dient nog vermeld te worden dat naast de belemmerende maatregelen die een lidstaat neemt (*8), ook diens nalatigheid of inertie onder het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU (in combinatie met art. 4, lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)) kan vallen. (*9) Het betreft situaties waarin de overheid niet de gepaste maatregelen neemt om belemmeringen van het intra-EU goederenverkeer op te heffen of te voorkomen, zoals blokkades door particulieren op zijn grondgebied van goederen uit andere lidstaten. Het meest spraakmakende geval hieromtrent is de *Spaanse aardbeienzaak*. Franse boeren hadden gedurende een hele periode ongestraft en ongehinderd de invoer van Spaanse groenten en fruit tegengehouden en verscheidene ladingen vernietigd, terwijl de Franse overheid liet begaan. Om herhaling van dergelijke situaties te voorkomen, is nadien een Europese verordening aangenomen die in bijzondere procedures voorziet om een snel optreden tegen dergelijke blokkades mogelijk te maken. (*10)

(*1) HvJ 22 januari 2002, nr. C-390/99, *Canal Satellite*, ECLI:EU:C:2002:34.

(*2) HvJ 11 december 2003, nr. C-322/01, *DocMorris*, ECLI:EU:C:2003:664.

(*3) HvJ 19 oktober 2016, nr. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung*, ECLI:EU:C:2016:776.

(*4) HvJ 15 januari 2005, nr. C-38/03, *Commissie v. België*, ECLI:EU:C:2005:13.

(*5) HvJ 24 november 2005, nr. C-366/04, *Schwarz*, ECLI:EU:C:2005:719.

(*6) HvJ 20 maart 2014, nr. C-639/11, *Commissie v. Polen*, ECLI:EU:C:2014:173.

(*7) HvJ 3 april 2014, nr. C-428/12, *Commissie v. Spanje*, ECLI:EU:C:2014:218.

(*8) De vorm van die maatregelen speelt geen enkele rol. Zowel wetgeving, administratieve handelingen als praktijken, rechterlijke uitspraken en zelfs niet-bindende overheidsmaatregelen kunnen onder de *Dassonville*-definitie vallen. Zie o.a. HvJ 24 november 1982, nr. 249/81, *Commissie v. Ierland*, ECLI:EU:C:1982:402; HvJ 9 mei 1985, nr. 21/84, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1985:184.

(*9) HvJ 9 december 1997, nr. C-265/95, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:595; HvJ 12 juni 2003, nr. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333.

(*10) Verordening (EG) nr. 2679/98 van de Raad van 7 december 1998 inzake de werking van de interne markt wat het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten betreft, *Pb. L*, 12 december 1998, afl. 337.

De *Cassis de Dijon*-doctrine bleef echter niet beperkt tot het uitdrukkelijk verruimen van het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU tot maatregelen zonder onderscheid, maar omvat twee extra concepten met betrekking tot het vrije goederenverkeer. Intussen was immers duidelijk gebleken dat de handelsbelemmeringen die voortvloeiden uit de grote verscheidenheid in nationale regelgevingen, op korte termijn onmogelijk via harmonisatie op EU-niveau zouden kunnen worden geneutraliseerd. De verdere ontwikkeling van een van de pijlers van de interne markt diende op een andere manier te worden bespoedigd.

Daarom verplicht het Hof van Justitie de lidstaten, bij ontbreken van harmonisatie op het niveau van de Unie, hun wetgeving in beginsel als gelijkwaardig te beschouwen. (*1) Dit staat beter bekend als het beginsel van wederzijdse erkenning en werd door de Commissie verder ontwikkeld en uitgewerkt in twee mededelingen. (*2) In essentie komt het hierop neer dat de lidstaat van invoer ieder product dat in overeenstemming met de wetgeving van de lidstaat van uitvoer vervaardigd en in de handel gebracht is, moet toelaten op zijn grondgebied. Voor wat betreft goederen van oorsprong uit derde landen is het beginsel van wederzijdse erkenning (tussen twee EU lidstaten) pas van toepassing wanneer deze goederen zich in het vrij verkeer bevinden én ook in de uitvoerende EU lidstaat in de handel zijn gebracht. (*3)

Iedere lidstaat blijft bij gebrek aan harmonisatie op Unieniveau verder wel bevoegd om nationale regels voor producten aan te nemen. Maar het toepassingsgebied van die nationale regelgeving blijft beperkt tot de binnenlandse productie. De lidstaat van invoer mag dus niet automatisch ook zijn relevante wetgeving op ingevoerde producten toepassen, maar is verplicht rekening te houden met de wetgeving van de lidstaat van uitvoer en met name met het algemeen belang dat daaraan ten grondslag ligt. Enkel indien het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan de regelgeving in de lidstaat van invoer, niet of niet afdoende beschermd wordt in de lidstaat van uitvoer, kan deze eerste de toepassing van zijn wetgeving op ingevoerde producten geheel of gedeeltelijk handhaven. Heeft de lidstaat van uitvoer op afdoende wijze rekening gehouden met hetzelfde algemeen belang en biedt deze een gelijkwaardige bescherming, dan kan de lidstaat van invoer zijn soortgelijke, maar afwijkende wetgeving niet nog eens toepassen. Zo veroordeelde het Hof, bij wijze van voorbeeld,

(*1) HvJ 20 februari 1979, nr. 120/78, *Rewe* ('*Cassis de Dijon*'), ECLI:EU:C:1979:42, ro. 14.

(*2) Mededeling van de Commissie over de gevolgen die uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 februari 1979 in de nr. 120/78 zijn te trekken ('*Cassis de Dijon*'), *Pb. C.* 3 oktober 1980, afl. 256; Interpretatieve mededeling van de Commissie. Een gemakkelijkere toegang voor goederen tot de markten van andere lidstaten: praktische toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning, *Pb. C.* 4 november 2003, afl. 265. Deze tweede mededeling is er gekomen, omdat uit ervaring en onderzoek van de Commissie was gebleken dat vele marktdeelnemers en nationale overheidsinstanties meer dan 20 jaar na het arrest *Cassis de Dijon* en de eerste mededeling nog steeds niet vertrouwd waren met dit fundamentele beginsel.

(*3) HvJ 22 september 2016, nr. C-525/14, *Commissie v. Tjebchië*, ECLI:EU:C:2016:714, ro. 39.

een Spaanse en Italiaanse regeling die het gebruik van de benaming ‘chocolade’ verbood voor de verkoop van cacao- en chocoladeproducten die andere plantaardige vetten bevatten dan cacaoboter. (*1) Deze producten waren immers rechtmatig vervaardigd in de lidstaat van uitvoer (in casu Denemarken, Ierland, Portugal, Zweden, Finland en het VK). De betrokken marktdeelnemers werden door de Spaanse en Italiaanse regelgeving dus verplicht hun producten verschillend te presenteren, afhankelijk van de plaats waar zij die in de handel brachten. Dit brengt extra verpakkingskosten met zich mee en vormt een verboden belemmering van de handel tussen de lidstaten.

2. Rule of reason

Een ongenueanceerde toepassing van artikel 34 VWEU zou voor de lidstaten evenwel niet aanvaardbaar geweest zijn. Iedere lidstaat van invoer zou de bevoegdheid ontnomen worden om zijn wetgeving, ingegeven door een lovenswaardig doel van algemeen belang, aan te wenden voor producten uit lidstaten met een afwijkende regelgeving.

Daarom heeft het Hof met het oog op een evenwichtige toepassing van artikel 34 VWEU een extra reeks rechtvaardigingsgronden erkend, de dringende of dwingende behoeften van algemeen belang (ook bekend onder de benaming ‘*dwingende vereisten*’ of ‘*rule of reason*’). Het Hof verwoordde deze stap als volgt: “*Bij gebreke van een gemeenschappelijke regeling voor de produktie en verhandeling van alcohol [...] staat het aan de Lid-Staten om, ieder op zijn eigen grondgebied, voor al hetgeen de produktie en verhandeling van alcohol en gedistilleerd raakt, regelingen te treffen. Belemmeringen van het intracommunautaire verkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandeling der betrokken produkten, moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken.*” (*2)

Een lidstaat kan een dwingende vereiste alleen inroepen ter rechtvaardiging van maatregelen zonder onderscheid, maar daartegenover staat dat de lijst van dwingende vereisten een open lijst is, i.t.t. de gronden opgesomd in artikel 36 VWEU (zie verder V. Uitzonderingen). Het arrest *Cassis de Dijon* heeft op die manier het redelijkheidscriterium, dat reeds in het *Dassonville*-arrest was ingeschreven, verder uitgewerkt. (*3)

(*1) HvJ 16 januari 2003, nr. C-12/00, *Commissie v. Spanje*, ECLI:EU:C:2003:21; HvJ 16 januari 2003, nr. C-14/00, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:2003:22.

(*2) HvJ 20 februari 1979, nr. 120/78, *Rewe* (‘*Cassis de Dijon*’), ECLI:EU:C:1979:42, ro. 8.

(*3) HvJ 11 juli 1974, nr. 8/74, *Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, ro. 6.

De ruime interpretatie door het Hof van Justitie van artikel 34 VWEU in combinatie met de directe werking van deze bepaling gaf aanleiding tot een enorme toename van het aantal rechtszaken waarmee handelaars de geldigheid van een resem nationale regels in vraag stelden. Alle nationale bepalingen die een mogelijke invloed hadden op het vrije goederenverkeer, werden gevisieerd. Zo werden aan het Hof van Justitie ook prejudiciële vragen gesteld over de toelaatbaarheid van nationale wetgeving die niet tot doel had het goederenverkeer binnen de Unie te regelen, maar desalniettemin een indirecte invloed uitoefende op het verkoopsvolume van bepaalde producten binnen een lidstaat. Op basis van de ruime definitie van maatregelen van gelijke werking zou deze wetgeving in principe verboden zijn door artikel 34 VWEU. De vraag rees echter of het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU niet te ruim was geworden en of een nationale regeling die slechts een indirecte invloed uitoefent op het vrije goederenverkeer, wel als een verboden maatregel van gelijke werking kon worden beschouwd. (*1)

In een aantal zaken oordeelde het Hof, op ad hoc basis, dat artikel 34 VWEU niet van toepassing was. (*2) De twijfel omtrent de draagwijdte van artikel 34 VWEU nam daardoor toe, zodat verschillende nationale rechters het Hof om bijstand vroegen bij de beoordeling van nationale wetgeving die winkels op zondag verplicht te sluiten. (*3) Het antwoord van het Hof maakte echter geen einde aan de onduidelijkheid, zodat de controverse over de werkelijke draagwijdte van artikel 34 VWEU en de bijbehorende rechtsonzekerheid bleef aanhouden.

Met het arrest *Keck en Mithouard* trachtte het Hof een einde te maken aan deze controverse door zijn rechtspraak met betrekking tot artikel 34 VWEU expliciet te verduidelijken. (*4) Het Hof voorzag daartoe in een uitdrukkelijke afwijking op zijn vaste rechtspraak inzake maatregelen van gelijke werking.

Het uitgangspunt van het Hof blijft echter de definitie van het arrest *Dassonville*. Maar het Hof houdt rekening met de impact die het arrest *Cassis de Dijon* heeft gehad en de daaropvolgende controverse waarbij “*marktdeelnemers steeds vaker een beroep doen op artikel 30 EEG-Verdrag (huidig art. 34 VWEU) ter betwisting van*

(*1) Zie: E. WHITE, ‘In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty’, *CML Rev.* 1989, 235-280; K. MORTELMANS, ‘Article 30 of the EEC Treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?’, *CML Rev.* 1991, 115-136.

(*2) HvJ 14 juli 1981, nr. 155/80, *Oebel*, ECLI:EU:C:1981:177 (nachtelijk vervoerverbod van brood); HvJ 31 maart 1982, nr. 75/81, *Blesgen*, ECLI:EU:C:1982:117 (verbod om bepaalde drank in cafés te verkopen). Of dat artikel 34 VWEU juist wel van toepassing was, zie HvJ 11 juli 1985, nrs. 60/84 en 61/84, *Cinéthèque*, ECLI:EU:C:1985:329, ro. 23 (verbod op verkoop of verhuur van films tot één jaar nadat ze in de bioscoop verschijnen).

(*3) HvJ 23 november 1989, nr. C-145/88, *Torfaen*, ECLI:EU:C:1989:593; HvJ 28 februari 1991, nr. C-312/89, *Conforama*, ECLI:EU:C:1991:93; HvJ 28 februari 1991, nr. C-332/89, *Marchandise*, ECLI:EU:C:1991:94; HvJ 16 december 1992, nr. C-169/91, *Stoke-on-Trent*, ECLI:EU:C:1992:519.

(*4) HvJ 24 november 1993, nrs. C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905.

alle soorten regelingen die hun commerciële vrijheid beperken, ook indien die regelingen niet specifiek betrekking hebben op producten uit andere lidstaten.” In het licht van die onvoorziene evolutie achtte het Hof het noodzakelijk zijn rechtspraak ter zake nog eens te onderzoeken en te verduidelijken. De twee types maatregelen van gelijke werking, met name discriminatoire maatregelen en maatregelen zonder onderscheid, blijven behouden. Voor de eerste categorie, met name discriminerende maatregelen van gelijke werking, verandert er niets. Deze maatregelen blijven net zoals voorheen verboden op grond van artikel 34 VWEU, tenzij er een rechtvaardiging bestaat op basis van artikel 36 VWEU. Daarentegen had het arrest *Keck en Mithouard* wel belangrijke gevolgen voor de tweede categorie maatregelen, met name die zonder onderscheid.

Binnen deze tweede categorie maakte het Hof een extra onderscheid tussen enerzijds bepalingen betreffende de voorwaarden waaraan producten moeten voldoen, zoals benaming, vorm, afmetingen, gewicht, samenstelling, aanbiedingsvorm, etikettering of verpakking (deze vallen onder de noemer ‘productvereisten’) en anderzijds bepalingen die zogenaamde verkoopsmodaliteiten aan banden leggen of verbieden (deze vallen onder de noemer ‘verkoopsmodaliteiten’).

In afwijking op zijn vaste rechtspraak in het kader van artikel 34 VWEU licht het Hof deze laatste groep bepalingen, onder bepaalde voorwaarden, uit de *Dassonville*-definitie. Deze bepalingen inzake verkoopsmodaliteiten worden dus niet langer beschouwd als maatregelen van gelijke werking en vallen bijgevolg niet meer onder het verbod van artikel 34 VWEU. Hieruit volgt dat de lidstaten de vrijheid behouden en bevoegd blijven om dergelijke bepalingen in te voeren of te handhaven.

Deze verfijning van het begrip ‘maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking’ houdt evenwel geen blanco cheque aan de lidstaten in. Om te verhinderen dat lidstaten daadwerkelijk handelsbelemmerende maatregelen zouden inkleden als ‘verkoopsmodaliteiten’ en deze zodoende zouden afschermen van enige toetsing aan artikel 34 VWEU, koppelde het Hof twee cumulatieve (non-discriminatie) voorwaarden aan de nieuw gecreëerde afwijking. Lidstaten moeten erover waken dat hun bepalingen inzake verkoopsmodaliteiten (i) van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en (ii) zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten. (*1) Enkel dan zijn zij daadwerkelijk gevrijwaard van de toepassing van art. 34 VWEU.

De opzet van het Hof in *Keck en Mithouard* was zeker lovenswaardig: de geest en opzet van artikel 34 VWEU intact houden door een uitzondering te creëren, met

(*1) HvJ 24 november 1993, nrs. C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905, ro. 16.

neert het arrest *Keck en Mithouard* echter niet het beoogde resultaat bereikt. Het Hof van Justitie wou de draagwijdte van artikel 34 VWEU verduidelijken, maar heeft bijkomende vragen doen rijzen. (*1) Zo was aanvankelijk niet duidelijk welke soort bepalingen, los van het in de zaak *Keck en Mithouard* aan de orde zijnde verbod op verkoop met verlies, het Hof als verkoopsmodaliteiten zou bestempelen. In het arrest *Keck en Mithouard* had het Hof wel een reeks voorbeelden opgesomd van de maatregelen die onder de noemer 'productvereisten' komen, maar het had dit nagelaten te doen voor wat de nieuwe categorie verkoopsmodaliteiten betreft.

Wat is een verkoopsmodaliteit?

Tot op heden heeft het Hof geen positieve definitie geformuleerd voor het begrip 'verkoopsmodaliteit'. Wel heeft het in zijn latere rechtspraak gedeeltelijk verduidelijkt welk soort regels het voor ogen heeft. Het betreft regelingen die geen betrekking hebben op de goederen zelf (productvereisten), maar die verband houden met de omstandigheden waarin de producten mogen worden verkocht, bijvoorbeeld de tijd, de plaats, de wijze en de reclame die ervoor mag worden gemaakt. Zo kwalificeerde het Hof, naast het reeds vermelde verbod op verkoop met verlies (*2), onder andere bepalingen inzake openingstijden van winkels (*3), verkooppunten (*4), ambulante handel (*5), prijsmaatregelen (*6) en sommige reclameregelingen (*7) als verkoopsmodaliteiten. De rechtspraak van het Hof lijkt op dit punt min of meer gekristalliseerd, aangezien er geen nieuwe verkoopsmodaliteiten aan deze lijst worden toegevoegd. (*8) Zoals MARCUS opmerkt ligt dit ook aan de aanname van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, die een volledige harmonisatie heeft doorgevoerd en veel verkoopsmodaliteiten nu onder dit Unierechtelijk kader vallen. (*9)

(*1) Zie o.a.: J. STUYCK, 'L'arrêt Keck et Mithouard (vente à perte) et ses conséquences sur la libre circulation des marchandises', *CDE* 1994, 431-458; D. CHALMERS, 'Repackaging the internal market: the ramifications of the Keck judgment', *EL Rev.* 1994, 385-403; A. MATTERA, 'De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck': l'obscurité clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions', *RMUE* 1994, 117-160; S. WEATHERILL, 'After Keck: some thoughts on how to clarify the clarification', *CML Rev.* 1996, 885-906; P. KOUTRAKOS, 'On groceries, alcohol and olive oil: more on free movement of goods after Keck', *EL Rev.* 2001, 391-407.

(*2) HvJ 24 november 1993, nrs. C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905.

(*3) HvJ 2 juni 1994, nrs. C-401/92 en C-402/92, *Tankstation 't Heukske*, ECLI:EU:C:1994:220.

(*4) HvJ 29 juni 1995, nr. C-391/92, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1995:199.

(*5) HvJ 13 januari 2000, nr. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass*, ECLI:EU:C:2000:12.

(*6) HvJ 30 april 2009, nr. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, ECLI:EU:C:2009:276; HvJ 21 september 2016, nr. C-221/15, *Établissements Fr. Colruyt NV*, ECLI:EU:C:2016:704.

(*7) HvJ 9 juli 1997, nrs. C-34/95 tot C-36/95, *De Agostini en TV Shop*, ECLI:EU:C:1997:344; HvJ 8 maart 2001, nr. C-405/98, *Gourmet International Products*, ECLI:EU:C:2001:135.

(*8) L. MARCUS, 'Libre circulation des marchandises et critère d'interprétation, la saga continue avec les épisodes Scotch Whisky et Valev Visnapuu', (2017) *JDE*, 103.

(*9) *Ibid.* Zie Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt, *Pb. L.* 11 juni 2005, afl. 149.

Wat reclameregelingen betreft, blijkt dat die niet per definitie onder de *Keck*-rechtspraak vallen. Zoals verder zal blijken, speelt de beoordeling in concreto door de Europese of nationale rechter onder de tweede voorwaarde (zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale en ingevoerde producten) een cruciale rol bij de kwalificatie van reclameregels als verkoopmodaliteit.

Op basis van de bestaande rechtspraak van het Hof kan worden geconcludeerd dat een totaal reclameverbod niet (*1), maar een gedeeltelijk reclameverbod wel als een verkoopmodaliteit wordt gekwalificeerd. (*2) Nationale reclameregeling die verband houdt met (de benaming, verpakking of de samenstelling/inhoud van) het product zelf, blijft sowieso een verboden maatregel van gelijke werking. (*3)

De Keck-voorwaarden

Ook de twee toepassingsvoorwaarden voor verkoopmodaliteiten, met name non-discriminatie ten aanzien van (i) marktdeelnemers en (ii) producten, blijven voor verwarring zorgen. Op basis van deze dubbele (discriminatie)test gaat het Hof na of de nationale bepaling inzake verkoopmodaliteiten geen discriminerende gevolgen heeft ten opzichte van buitenlandse marktdeelnemers en producten.

Het Hof besteedt in zijn rechtspraak echter weinig aandacht aan de eerste voorwaarde, zodat de exacte draagwijdte ervan niet helemaal duidelijk is. (*4) Deze lijkt beperkt tot een discriminatietoets (*5) die vereist dat de nationale bepaling op dezelfde wijze van toepassing is op alle marktdeelnemers, binnenlandse en buitenlandse. (*6) Een recente illustratie vinden we in *Valev Visnapuu* waar het Hof oordeelde dat de Finse vergunningsplicht om alcohol te verkopen in de detailhandel niet voldeed aan deze voorwaarde aangezien de vergunningsplicht niet van toepassing was op de eigen staatsmonopolist. (*7)

Het Hof staat in zijn rechtspraak vaker stil bij de tweede voorwaarde waarvan het de draagwijdte in verschillende arresten heeft verduidelijkt. Er wordt met name onderzocht of noch de opzet en/of de bewoordingen ('rechtens') noch de praktische gevolgen ('feitelijk') van de nationale bepaling beperkend werken ten aanzien van ingevoerde producten. In essentie lijkt deze voorwaarde er – in navolging van

(*1) HvJ 9 juli 1997, nrs. C-34/95 tot C-36/95, *De Agostini en TV Shop*, ECLI:EU:C:1997:344; HvJ 8 maart 2001, nr. C-405/98, *Gourmet International Products*, ECLI:EU:C:2001:135.

(*2) HvJ 25 maart 2004, nr. C-71/02, *Karner*, ECLI:EU:C:2004:181, ro. 42.

(*3) HvJ 2 februari 1994, nr. C-315/92, *Clinique*, ECLI:EU:C:1994:34; HvJ 6 juli 1995, nr. C-470/93, *Mars*, ECLI:EU:C:1995:224, ro. 13-14; HvJ 26 juni 1997, nr. C-365/95, *Vereinigde Familiapress*, ECLI:EU:C:1998:95, ro. 11-12.

(*4) Zie P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 117-118.

(*5) HvJ 25 maart 2004, nr. C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen*, ECLI:EU:C:2004:181, ro. 41.

(*6) HvJ 2 juni 1994, nrs. C-401/92 en C-402/92, *Tankstation 't Heukske*, ECLI:EU:C:1994:220. Zie ook Conclusie AG Van Gerven van 16 maart 1994 in dezelfde zaak, ECLI:EU:C:1994:105, ro. 21.

(*7) HvJ 12 november 2015, nr. C-198/14, *Visnapuu*, ECLI:EU:C:2015:751, ro.104-105.

dezelfde omstandigheden toegang krijgen tot de markt van de lidstaat in kwestie. Leidt de betrokken nationale bepaling inzake verkoopsmodaliteiten ertoe dat ingevoerde producten minder gemakkelijk toegang krijgen tot de nationale markt van de lidstaat van invoer, dan zal deze laatste zich niet op de *Keck en Mithouard* afwijking kunnen beroepen, maar wordt de nationale regeling als een verboden maatregel van gelijke werking gekwalificeerd (die uiteraard wel nog gerechtvaardigd kan worden, zie verder).

Het Hof kwam tot die conclusie in de zaak *Gourmet*, waar het zich moest uitspreken over een Zweeds totaalverbod op reclame voor alcoholische drank. (*2) Hoewel regels betreffende reclame als verkoopsmodaliteit kunnen worden gekwalificeerd (*3), oordeelde het Hof dat het in casu om een maatregel van gelijke werking en geen verkoopsmodaliteit die aan de *Keck*-voorwaarden beantwoordde. Het Zweedse reclameverbod voldeed niet aan de tweede voorwaarde uit het arrest *Keck en Mithouard*, omdat uit de feitelijke gegevens waarover het Hof beschikte, was gebleken dat een algemeen reclameverbod de toegang tot de markt voor ingevoerde alcoholische drank meer bemoeilijkt dan voor nationale drank. (*4)

In *DocMorris* was een Duits verbod op postorderverkoop van geneesmiddelen aan de orde. Het Hof onderzocht de strekking van de betrokken beperkende maatregel om te bepalen of de maatregel dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten als op die van ingevoerde goederen. (*5) Met de opkomst van het internet als middel van grensoverschrijdende verkoop dient de strekking en bijgevolg de weerslag van dat verbod, volgens het Hof, in een ruimer perspectief te worden onderzocht. Uit de analyse van het Hof blijkt dat het verbod apotheken buiten Duitsland meer hindert dan apotheken op Duits grondgebied. Hoewel deze laatsten een extra of alternatief middel wordt ontnomen om de Duitse markt van eindverbruikers te bereiken, blijven zij de mogelijkheid behouden om geneesmiddelen in hun apotheek te verkopen. Het internet is daarentegen een essentieel middel voor buitenlandse apotheken om de Duitse markt rechtstreeks te bereiken. Vermits deze laatsten veel geneesmiddelen uit eigen land verkopen, heeft het verbod ook een grotere impact op de toegang tot de markt van producten uit andere lidstaten. Het Duitse verbod op postorderverkoop van geneesmiddelen heeft bijgevolg niet dezelfde invloed op de verkoop van nationale geneesmiddelen als op die van geneesmiddelen

(*1) Conclusie AG Jacobs van 24 november 1994 in zaak nr. C-412/93, ECLI:EU:C:1994:393, ro. 38-55. Daarin gaf hij uitgebreid kritiek op de *Keck*-rechtspraak van het Hof en in het bijzonder op het discriminatiecriterium dat vervat zit in de tweede voorwaarde. In zijn conclusie suggereerde hij daarom een alternatieve zienswijze, waarbij de nadruk zou liggen op het garanderen van een onbelemmerde markttoegang. Het Hof is hem in de zaak *Leclerc-Siplec* niet gevolgd, maar zijn zienswijze lijkt toch invloed te hebben uitgeoefend op latere rechtspraak van het Hof inzake verkoopsmodaliteiten (zie verder).

(*2) HvJ 8 maart 2001, nr. C-405/98, *Gourmet International Products*, ECLI:EU:C:2001:135.

(*3) HvJ 9 juli 1997, nrs. C-34/95 tot C-36/95, *De Agostini en TV Shop*, ECLI:EU:C:1997:344.

(*4) Zie: J. STUYCK, 'Gourmet: une nouvelle brèche dans la jurisprudence 'Keck'', *CDE* 2004, 683-705.

(*5) HvJ 11 december 2003, nr. C-322/01, *DocMorris*, ECLI:EU:C:2003:664, ro. 70-71.

uit andere lidstaten en vormt daarom een maatregel van gelijke werking en geen verkoopsmodaliteit.

Hoewel het Hof in *Keck en Mithouard* een formele (dubbele (discriminatie)) test naar voren schuift, blijkt uit zaken zoals *Gourmet* en *DocMorris* (*1), dat het bij het tweede deel van de test ook kijkt naar de eigenlijke markttoegang. (*2)

Indien wordt vastgesteld dat niet is voldaan aan de dubbele test, dient opnieuw de normale systematiek van artikel 34 VWEU te worden gevolgd. De bepaling vormt dan in principe een verboden maatregel van gelijke werking, maar de betrokken lidstaat kan die trachten te rechtvaardigen. Voor discriminerende regelingen kan een beroep worden gedaan op de rechtvaardigingsgronden van artikel 36 VWEU (*3), terwijl voor maatregelen zonder onderscheid zowel artikel 36 VWEU als de dwingende vereisten tot de mogelijkheden behoren. (*4)

In de zaak *Gourmet* aanvaardde het Hof dat het Zweeds reclameverbod kon worden gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de volksgezondheid, een van de in artikel 36 VWEU genoemde gronden. Het Zweedse verbod op reclame voor alcoholische drank droeg immers bij in de strijd tegen alcoholisme. In de zaak *DocMorris* maakt het Hof een verder onderscheid tussen receptplichtige en receptvrije geneesmiddelen. Met betrekking tot deze laatste kon het Duitse verbod op postorderverkoop niet worden gerechtvaardigd. Voor de receptplichtige geneesmiddelen heeft de Duitse overheid echter met succes een beroep gedaan op de bescherming van de volksgezondheid. De verschillende uitkomsten van de proportionaliteitstoets in deze twee zaken moeten uiteraard ook worden verklaard in het licht van de beoordelingsvrijheid die het Hof aan de lidstaten laat m.b.t. de te beschermen belangen en het gewenste niveau van bescherming (zie ook verder onder V. Uitzonderingen). (*5)

(*1) Zoals STRAETMANS opmerkt, kon de focus die het Hof in *Gourmet* legt op markttoegang geïnterpreteerd worden als een verfijning van *Keck* of als het op de schop zetten van *Keck*. Zie G. STRAETMANS, “Case C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP), Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001”, *CMLRev.* 2002, 1414-1415. Zoals hieronder opgemerkt, focust het Hof in zijn recente rechtspraak doorgaans direct op de kwestie van markttoegang.

(*2) Zie ook de *Ahokainen* zaak waarin het Hof oordeelde dat een nationaal vergunningstelsel de markttoegang inderdaad belemmert “wanneer [in andere lidstaten rechtmatig vervaardigde en in de handel gebrachte] producten door het stelsel met extra kosten worden belast. In dergelijke omstandigheden gaat het niet om een ‘eenvoudig’ aan banden leggen of verbieden van bepaalde verkoopmodaliteiten.” Zie HvJ 28 september 2006, nr. C-434/04, *Ahokainen*, ECLI:EU:C:2006:609, ro. 21.

(*3) Zie o.a. HvJ 10 november 1994, nr. C-320/93, *Ortscheit*, ECLI:EU:C:1994:379, ro. 9-21; HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504, ro. 69-77; HvJ 13 januari 2000, nr. C-254/98, *TK-Heimdienst Sass*, ECLI:EU:C:2000:12, ro. 32-36.

(*4) HvJ 9 juli 1997, nrs. C-34/95 tot en met C-36/95, *De Agostini en TV Shop*, ECLI:EU:C:1997:344, ro. 44-45.

(*5) Deze beoordelingsvrijheid kan ook variëren naargelang het domein (bv. consumentenbescherming v. volksgezondheid) waarop de lidstaat reguleert. Zie P. CARO DE SOUSA, *The European Fundamental Freedoms – A Contextual Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 48.

het eerste gezicht onder de *Keck* en *Mithouard*-uitzondering kunnen vallen, ook daadwerkelijk als verkoopsmodaliteiten in de zin van *Keck* worden gekwalificeerd. De vaststelling dat het gaat om een regeling betreffende de omstandigheden waarin de producten mogen worden verkocht, volstaat dus niet om aan de toepassing van artikel 34 VWEU te ontsnappen. Er dient in concreto te worden nagegaan of de maatregel de toegang tot de markt voor ingevoerde producten niet verhindert of meer bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is. Enkel op basis van deze (discriminatie)markttoegangstest (*1) kan geval per geval worden bepaald of het daadwerkelijk om een verkoopsmodaliteit gaat die aan het verbod van artikel 34 VWEU ontsnapt. De feitenintensieve toetsing van deze voorwaarde kan het Hof, mits enige aanwijzingen, overlaten aan de nationale rechter, aangezien het Hof meestal over onvoldoende gegevens beschikt om de tweede *Keck*-voorwaarde in detail te onderzoeken. (*2)

Echter, door de kern van de kwalificatie van een nationale maatregel als verkoopsmodaliteit door te schuiven naar de beoordeling van de tweede *Keck*-voorwaarde, en meer in het bijzonder het 'in feite'-luik, bestaat het gevaar dat de voordelen van de *Keck*-rechtspraak worden tenietgedaan. De abstracte, regelgeoriënteerde aanpak van het Hof wordt op die manier immers opnieuw vervangen door een feitelijke beoordeling die de nationale rechter zelf, geval per geval, moet nagaan. (*3)

D. VERDERE VERFIJNING VAN DE RECHTSPRAAK

In twee arresten gewezen in 2009 heeft het Hof van Justitie zijn vaste rechtspraak verder verfijnd. In beide zaken werd de draagwijdte van de *Keck*-rechtspraak immers in vraag gesteld.

In beide gevallen betrof het een nationale regelgeving die voorschreef in welke omstandigheden bepaalde goederen konden worden gebruikt. In de zaak *Commissie v. Italië* ging het om de Italiaanse wegenverkeerswet die bepaalt dat enkel auto's, trolleybussen en tractoren een aanhangwagen mogen trekken. Motorfietsen mogen daarentegen geen aanhangwagens trekken. De zaak *Mickelsson* betrof een Zweedse waterscooterverordening die bepaalt dat waterscooters enkel gebruikt mogen worden op openbare waterwegen en andere wateren die door het provinciebestuur zijn

(*1) Zie G. STRAETMANS, "Case C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP), Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001", *CMLRev.* 2002, 1418.

(*2) HvJ 26 mei 2005, nr. C-20/03, *Burmanjer*, ECLI:EU:C:2005:307, ro. 31; HvJ 23 februari 2006, nr. C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels*, ECLI:EU:C:2006:141, ro. 25.

(*3) K. MORTELMANS, 'De Keck-check', *NTER* 2005, 259; zie in dezelfde zin: R. LANG (noot bij nr. C-322/01, *Doc-Morris*), *CML Rev.* 2005, 204. STRAETMANS merkt daarentegen op dat de belofte van een grotere rechtszekerheid die *Keck* zou brengen, sowieso nooit werd ingelost. Zie G. STRAETMANS, "Case C-405/98, Konsumentombudsmannen (KO) v. Gourmet International Products AB (GIP), Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 8 March 2001", *CMLRev.* 2002, 1419.

aangewezen. Er waren echter nog geen andere waterwegen door het provinciebestuur aangeduid, zodat het gebruik van waterscooters beperkt was tot de openbare waterwegen.

Dergelijke gebruiksvoorschriften kunnen niet gekwalificeerd worden als productvereisten, noch als verkoopsmodaliteiten. De vraag rees bijgevolg of gebruiksvoorschriften ook dienden te worden beschouwd als verboden maatregelen van gelijke werking dan wel of ze onder bepaalde voorwaarden aan het verbod van artikel 34 VWEU konden ontsnappen, analoog aan de verkoopsmodaliteit.

Het Hof benadert beide zaken logischerwijs op een soortgelijke manier. In beide arresten stelt het Hof vast dat een gebruiksverbod als een maatregel van gelijke werking dient te worden gekwalificeerd. Het Hof gaat uit van de *Dassonville*-definitie van maatregelen van gelijke werking en de verduidelijkingen die de *Cassis* en *Keck*-rechtspraak hebben toegevoegd. Voortbouwend op deze vaststaande rechtspraak komt het Hof tot een extra, ruime restcategorie van regels die ook als verboden maatregelen van gelijke werking dienen te worden beschouwd, met name *“elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert.”* (*1) Het is daarbij van geen belang of die maatregel een discriminatoir oogmerk of gevolg heeft, zolang de toegang van het product op het grondgebied van de betrokken lidstaat wordt beperkt.

In beide zaken gaat het Hof er immers van uit dat een gebruiksverbod een aanzienlijke invloed kan hebben op het consumentengedrag, dat dan weer een negatieve uitwerking heeft op de toegang van dit product tot de markt van de lidstaat van invoer. Consumenten worden verondersteld op de hoogte te zijn van het gebruiksverbod of de gebruiksbeperkingen en bijgevolg weinig belang te hebben bij de aankoop van zulke geregementeerde producten. De nationale gebruiksvoorschriften belemmeren de vraag naar de betrokken producten en bijgevolg ook de invoer van die producten, wat in strijd is met artikel 34 VWEU.

Deze redenering ent zich dus sterk op het criterium van de markttoegang. Indien de toegang tot de nationale markt wordt belemmerd, zelfs in afwezigheid van een algemeen verbod om het product op de markt te brengen en zonder extra technische vereisten te stellen, kan er sprake zijn van een verboden maatregel van gelijke werking. In *Mickelsson* wijst het Hof er wel op dat de nationale rechter dient na te gaan of de nationale regels tot gevolg hebben dat er geen gebruik kan worden gemaakt van de producten op een ervoor kenmerkende of inherente gebruikswijze dan wel of het gebruik ervan aanzienlijk wordt beperkt. In geval van een loutere belemmering

(*1) HvJ 10 februari 2009, nr. C-110/05, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:2009:66, ro. 37; HvJ 4 juni 2009, nr. C-142/05, *Mickelsson*, ECLI:EU:C:2009:336, ro. 24. Zie voor een recente toepassing ook: HvJ 26 april 2012, nr. C-456/10, *ANETT*, ECLI:EU:C:2012:241.

regel van gelijke werking indien het kenmerkende en inherente gebruik wordt verboden of aanzienlijk wordt beperkt. Het arrest laat echter in het midden wat het kenmerkende en inherente gebruik van producten is en verduidelijkt evenmin of een kwantificering van de invloed op het consumentengedrag vereist is. (*1)

Hoewel het Hof in *Commissie v. Italië* naar *Keck* verwijst, terwijl het Hof dat in *Mickelsson* zelfs nalaat te doen, rijst de vraag of de introductie van een meer algemene markttoegangstest in artikel 34 VWEU de plaats heeft ingenomen van de specifieke markttoegangstest onder *Keck* en daarmee het verschil in aanpak tussen maatregelen van gelijke werking, die binnen het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU vallen, en verkoopmodaliteiten, die er onder voorwaarden aan ontsnappen, komt te vervallen. De recente rechtspraak is hierbij niet geheel eenduidig. Zo behandelt het Hof de verkoopsmodaliteiten soms nog als een aparte categorie. (*2) Zoals hiervoor reeds vermeld, struikelen de nationale maatregelen in de meeste gevallen dan over de tweede *Keck*-voorwaarde die net veel gelijkenissen vertoont met de ruime markttoegangstest door het Hof geïntroduceerd in *Commissie v. Italië* en *Mickelsson*. Dat was in de *Ker-Optika* zaak ook het geval voor een verbod van internetverkoop van contactlenzen. Het Hof ging er immers van uit dat een dergelijk verbod van verkoop van contactlenzen via postorderverkoop de marktdeelnemers uit andere lidstaten een bijzonder doeltreffende modaliteit voor de verkoop van contactlenzen ontzegt. De toegang van buitenlandse marktdeelnemers tot de markt van de betrokken lidstaat wordt daardoor aanzienlijk gehinderd. Het verbod werd vervolgens als maatregel van gelijke werking gekwalificeerd die onder het verbod van artikel 34 VWEU valt.

De vraag of het onderscheid tussen verkoopmodaliteiten en maatregelen van gelijke werking (waaronder gebruiksvoorschriften) nog nut heeft (*3), heeft het Hof er misschien ook toe geleid om in recente zaken (*4) de nadruk te leggen op de markttoegangsbeperking. Eenmaal vastgesteld dat een nationale maatregel de toegang tot

(*1) H. H. B. VEDDER, 'Mickelsson & Roos – Markttoegang en de Euro-Defence tot het uiterste opgerekt', *NTER* 2010, 4.

(*2) HvJ 2 december 2010, nr. C-108/09, *Ker-Optika bt*, ECLI:EU:C:2010:725.

(*3) E. SPAVENTA, 'Leaving Keck behind? The free movement of goods after the rulings in *Commission v. Italy* and *Mickelsson and Roos*', *EL Rev.* 2009, 923.

(*4) HvJ 3 april 2014, nr. C-428/12, *Commissie v. Spanje*, ECLI:EU:C:2014:218; HvJ 23 december 2015, nr. C-333/14, *Scotch Whiskey Association*, ECLI:EU:C:2015:845; HvJ 19 oktober 2016, nr. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, ECLI:EU:C:2016:776. In de laatste twee zaken gingen de advocaten-generaal wel nog in op de *Keck* doctrine, zie Conclusie van AG Bot van 3 september 2015 in nr. C-333/14, *Scotch Whiskey Association*, ECLI:EU:C:2015:527; Conclusie van AG Szpunar van 2 juni 2016 in nr. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, ECLI:EU:C:2016:394. In *Canadian Oil Company Sweden AB* kwalificeert het Hof de nationale maatregel wel als een maatregel van gelijke werking vooraleer te benadrukken dat deze de toegang tot de markt voor ingevoerde producten belemmert. Zie HvJ 17 maart 2016, nr. C-472/14, *Canadian Oil Company Sweden AB*, ECLI:EU:C:2016:171, ro. 44.

de eigen markt bemoeilijkt, kan het Hof meteen overgaan naar de beoordeling van de eventuele rechtvaardiging en de evenredigheid van de nationale maatregel. (*1)

E. SAMENGEVAT

Artikel 34 VWEU verbiedt alle kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking. Op basis van de huidige stand van de rechtspraak van het Hof kunnen de volgende drie categorieën nationale regelingen als maatregelen van gelijke werking worden beschouwd: (i) maatregelen van een lidstaat die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat uit andere lidstaten afkomstige producten minder gunstig worden behandeld (discriminatoire maatregelen), (ii) belemmeringen van het vrije goederenverkeer die voortvloeien uit de toepassing op goederen uit andere lidstaten, waar zij rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen, ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn (productvereisten zonder onderscheid van toepassing), en (iii) elke andere maatregel die de toegang tot de markt van een lidstaat voor uit andere lidstaten afkomstige producten belemmert (maatregelen zonder onderscheid anders dan productvereisten, zoals met name gebruiksvoorschriften maar ook vergunnings- (*2) en toestemmingsvereisten). (*3)

De eerste categorie kan enkel gerechtvaardigd worden op basis van de gronden vermeld in artikel 36 VWEU. De tweede en derde categorie kunnen worden gehandhaafd met een beroep op artikel 36 VWEU of de ‘rule of reason’ (arrest *Cassis de Dijon*).

Verkoopsmodaliteiten, daarentegen, vallen niet onder het verbod van artikel 34 VWEU en dienen niet te worden gerechtvaardigd, indien zij voor alle marktdeelnemers gelden en dezelfde invloed hebben op nationale en ingevoerde producten (arrest *Keck en Mithouard*). Is niet aan beide voorwaarden voldaan, dan kan de maatregel inzake verkoopsmodaliteiten afhankelijk van zijn aard, met name discriminerend of zonder onderscheid, alsnog gerechtvaardigd worden op basis van artikel 36 VWEU en, indien zonder onderscheid, ook op basis van de ‘rule of reason’. Zodra een bepaalde materie op Europees niveau is geharmoniseerd, kunnen

(*1) Dit betekent echter niet dat *Keck* (of *Dassonville* en *Cassis de Dijon*) irrelevant zijn geworden. Zo concludeert LENAERTS dat er na *Commissie v. Italië* en *Mickelsson*, “drie categorieën van maatregelen dienen te worden onderscheiden, met name productvoorschriften, verkoopmodaliteiten en ‘alle andere maatregelen’”. Zie K. LENAERTS, “Ontwikkelingen in het vrije verkeer van goederen”, *SEW* 2015, 499.

(*2) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504 en HvJ I maart 2012, nr. C-484/10, *Ascafor*, ECLI:EU:C:2012:113.

(*3) HvJ 28 april 1998, nr. C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167.

III. Preventieve kennisgevingsprocedure (richtlijn 2015/1535)

Ten slotte dient er nog op gewezen te worden dat de Raad in de eerste helft van de jaren 1980 een richtlijn heeft aangenomen om de invoering van nieuwe belemmeringen van het vrije goederenverkeer te voorkomen. (*2) Deze richtlijn verplicht lidstaten om op voorhand alle ontwerpen van technische voorschriften voor producten mee te delen aan de Europese Commissie. Op basis van deze kennisgevingplicht kan deze laatste de verenigbaarheid van de nationale regeling met het vrije verkeer van goederen nagaan. Gedurende de voorziene onderzoeksperiode wordt de invoering van de maatregel opgeschort (*standstill*). De richtlijn introduceerde dus een vorm van preventieve controle van nieuwe nationale regelgeving met als doel het vrije goederenverkeer beter, want ex ante, te waarborgen. De richtlijn werd verschillende malen gewijzigd en gecodificeerd en werd in 2015 opnieuw aangenomen. (*3)

De kennisgevingplicht geldt voor alle 'technische voorschriften', een begrip dat in artikel 1 van de richtlijn gedefinieerd wordt als 'een technische specificatie of andere eis of een regel betreffende diensten, met inbegrip van de erop toepasselijke bestuursrechtelijke bepalingen die de jure of de facto moeten worden nageleefd voor de verhandeling, de dienstverrichting, de vestiging van een verrichter van diensten of het gebruik in een lidstaat of in een groot deel van een lidstaat, alsmede de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen [...] van de lidstaten waarbij de vervaardiging, de invoer, de verhandeling of het gebruik van een product dan wel de verrichting of het gebruik van een dienst of de vestiging als dienstverlener wordt verboden.'

De richtlijn beschouwt als een 'technische specificatie' ieder specificatie 'die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product, zoals kwaliteitsniveau, prestaties, veiligheid of afmetingen, met inbegrip van de voor het product geldende voorschriften inzake verkoopbenaming, terminologie, symbolen, beproeving en beproevingsmethoden, verpakking, het merken of etiketteren, en de overeenstemmingsbeoordelingsprocedures.'

(*1) Tenzij de harmonisatiemaatregel hierin zelf voorziet. Indien de harmonisatiemaatregel is aangenomen op grond van artikel 114 VWEU, kunnen lidstaten ook de uitzonderingen voorzien in leden 4 en 5 van dat artikel inroepen.

(*2) Richtlijn 83/189/EEG van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften, *Pb. L.* 26 april 1983, afl. 109.

(*3) Richtlijn 2015/1535 van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij, *Pb. L.* van 17 september 2015, afl. 241/1.

Een aantal voorbeelden uit de rechtspraak van het Hof kunnen deze definities verduidelijken. In de zaak *Bic Benelux* werden de Belgische milieutaksvoorschriften, op basis waarvan producten die als schadelijk voor het milieu werden beschouwd, verplicht dienden te worden gemerkt, als een technische specificatie gekwalificeerd. (*1) Hetzelfde gebeurde in *CIA Securitel* met een goedkeuringsprocedure waaraan producten, in casu alarmsystemen, werden onderworpen alvorens zij in de handel konden worden gebracht. (*2) Nationale voorschriften die enkel voorwaarden bevatten voor de vestiging van ondernemingen of de uitoefening van een beroepsactiviteit, zoals de onderwerping van een bepaalde activiteit aan een voorafgaande goedkeuring, en dus geen verband houden met het vrije verkeer van goederen vormen daarentegen geen technische voorschriften. Technische voorschriften zijn immers specificaties ter omschrijving van de kenmerken van producten en geen specificaties met betrekking tot de marktdeelnemers. (*3)

Uit het hierboven reeds aangehaalde arrest *CIA Securitel* is ook gebleken dat er een strenge sanctie staat op de niet-naleving door een lidstaat van deze aanmeldingsplicht. (*4) Volgens het Hof is de kennisgevingplicht onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig, zodat deze bepalingen van de richtlijn directe werking hebben. Hetzelfde geldt wanneer een lidstaat een technisch voorschrift wel aanmeldt, maar nadien de standstill-periode niet respecteert. (*5) Particulieren kunnen zich met andere woorden voor de nationale rechter op de niet-aanmelding van een technisch voorschrift (of het niet-respecteren van de standstill-periode) beroepen. Wanneer de rechter het verzuim van de lidstaat vaststelt, moet hij besluiten tot de niet-toepasselijkheid van de betrokken technische voorschriften op particulieren. Het Hof van Justitie is zelfs van oordeel dat deze kennisgevingsplicht horizontale directe werking bezit. (*6) Bijgevolg kan de niet-aanmelding ook worden opgeworpen in een burgerlijke procedure tussen particulieren.

Overeenkomstig het nationale recht moet de rechter dan bepalen wat de juiste gevolgen zijn van deze niet-toepasselijkheid, zoals de nietigheid of de niet-tegenwerpbaarheid van een overeenkomst. Uiteraard kunnen de betrokken lidstaten deze technische voorschriften nadien aanmelden en, indien ze door de Commissie worden aanvaard, alsnog toepassen.

(*1) HvJ 20 maart 1997, nr. C-13/96, *Bic Benelux*, ECLI:EU:C:1997:173.

(*2) HvJ 30 april 1996, nr. C-194/94, *CIA Securitel International*, ECLI:EU:C:1996:172. Voor commentaar bij dit arrest, zie: C. S. PISUISSE, 'Miskenning aanmeldingsplicht technische voorschriften heeft grote gevolgen', *NTER* 1996, 157-159, en R. BARENTS, 'Het Securitel-arrest: een gat in de rechtsorde?', *NTER* 1997, 153-157.

(*3) Zie HvJ 1 februari 2017, nr. C-144/16, *Município de Palmela*, ECLI:EU:C:2017:76, ro. 26.

(*4) Zie: I. GOVAERE, 'De (door-)werking van het EG-recht in het nationaal recht: een rag- of octopuseffect?' in *XXIIIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva, De invloed van het Europees Recht op het Belgisch recht*, Mechelen, Kluwer, 2003, 32-33.

(*5) HvJ 26 september 2000, nr. C-443/98, *Unilever*, ECLI:EU:C:2000:496.

(*6) HvJ 6 juni 2002, nr. C-159/00, *Sapod Audic*, ECLI:EU:C:2002:343, ro. 50-51.

voegde autoriteiten van een lidstaat die beslissingen nemen op basis van dergelijke technische voorschriften, het beginsel van wederzijdse erkenning correct zouden toepassen in individuele gevallen. (*1) Deze verordening voorziet daartoe in regels en procedures die de nationale autoriteiten dienen te respecteren wanneer zij van plan zouden zijn om de verkoop van goederen die rechtmatig in de handel zijn gebracht, in een andere lidstaat te verbieden of aan extra voorwaarden of tests te onderwerpen.

IV. Kwantitatieve uitvoerbeperkingen en maatregelen van gelijke werking (art. 35 VWEU)

De tekst van artikel 35 VWEU is exact dezelfde als die van artikel 34 VWEU, maar heeft betrekking op de uitvoer tussen lidstaten, met name uitvoer van goederen van één lidstaat naar een andere. Ondanks deze identieke formulering heeft artikel 35 VWEU niet helemaal dezelfde draagwijdte als artikel 34 VWEU. Het Hof van Justitie heeft er immers voor geopteerd om een beperktere invulling toe te kennen aan het verbod van maatregelen van gelijke werking van artikel 35 VWEU dan aan het overeenstemmende verbod van artikel 34 VWEU.

A. GROENVELD-TEST

Hoewel het Hof in zijn rechtspraak aanvankelijk ook de ruime definitie van het arrest *Dassonville* hanteerde (*2), is het daar nadien expliciet van afgestapt in het arrest *Groenveld*. In dat arrest stelde het Hof dat maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve uitvoerbeperkingen enkel betrekking hebben op “*nationale maatregelen die een specifieke beperking van het uitgaand goederenverkeer tot doel of tot gevolg hebben en aldus tot een ongelijke behandeling van de binnenlandse handel en de uitvoerhandel van een lidstaat leiden, waardoor aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat ten koste van de productie of de handel van andere lidstaten een bijzonder voordeel wordt verzekerd.*” (*3) Standaardvoorbeelden van verboden

(*1) Verordening (EG) nr. 764/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van procedures voor de toepassing van bepaalde nationale technische voorschriften op goederen die in een andere lidstaat rechtmatig in de handel zijn gebracht, en tot intrekking van Beschikking nr. 3052/95/EG, *Ph. L.* van 13 augustus 2008, afl. 218.

(*2) HvJ 3 februari 1977, nr. 53/76, *Bouhelier*, ECLI:EU:C:1977:17.

(*3) HvJ 8 november 1979, nr. 15/75, *Groenveld*, ECLI:EU:C:1979:253, ro. 7. Later bevestigd in andere arresten van het Hof, zie o.a. HvJ 14 juli 1981, nr. 155/80, *Oebel*, ECLI:EU:C:1981:177; HvJ 10 maart 1983, nr. 172/82, *Inter-Huiles*, ECLI:EU:C:1983:69; HvJ 22 juni 1994, nr. C-426/92, *Deutsches Milch-Kontor*, ECLI:EU:C:1994:260; HvJ 23 mei 1996, nr. C-5/94, *Hedley Lomas*, ECLI:EU:C:1996:205; HvJ 19 maart 1998, nr. C-1/96, *Compassion in World Farming*, ECLI:EU:C:1998:113.

exportbeperkingen zijn exportlicenties (*1), exportcontroles (*2), en kwaliteitscertificaten of -stempels. (*3) In de zaak *België v. Spanje* beschuldigde de Belgische overheid Spanje ervan een eerder arrest van het Hof niet te hebben nageleefd. (*4) Daarin had het Hof een Spaanse maatregel, die vereist dat wijn die de benaming van oorsprong 'Rioja' wil dragen, gebotteld moet worden in lokale bodega's in het productiegebied, als een verboden exportbeperking bestempeld. (*5) Het Hof herbevestigde deze bevestiging, maar meende wel over nieuwe bewijzen te beschikken in vergelijking met de situatie ten tijde van het eerste arrest, waardoor de belemmering ditmaal wel kon worden gerechtvaardigd.

De bovenvermelde *Groenveld*-test (*6) omvat twee basisvereisten. Met name moet een nationale regeling (i) een specifieke beperking van de export tot doel of tot gevolg hebben, en (ii) op die manier leiden tot een discriminatie van de uitvoerhandel ten opzichte van de binnenlandse handel van een lidstaat, waardoor een bijzonder voordeel wordt verzekerd aan de nationale productie of de binnenlandse markt van de betrokken lidstaat ten nadele van de productie of handel van andere lidstaten, om als verboden maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperking te worden gekwalificeerd.

Uit het eerste deel van de *Groenveld*-test zou nog kunnen worden afgeleid dat artikel 35 VWEU ook maatregelen zonder onderscheid tot doel heeft, vermits die ook tot een exportbeperking kunnen leiden zonder dit expliciet als doel voorop te stellen. De eigenlijke inperking van de draagwijdte komt daarom voornamelijk van het tweede deel van de test, waarin *daadwerkelijke* discriminatie van de exporthandel wordt vereist en wel ten voordele van de binnenlandse handel. (*7) Heeft de nationale regeling geen onderscheid tussen de binnenlandse en de exporthandel tot doel en brengt ze ook geen discriminatoire gevolgen met zich mee, dan is artikel 35 VWEU niet van toepassing. In essentie komt deze test er dus op neer dat het Hof

(*1) HvJ 16 maart 1977, nr. 68/76, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1977:48.

(*2) Deze controles kunnen aan de grens gebeuren, maar dat is geen voorwaarde. Anders zouden de lidstaten het verbod van art. 35 VWEU zeer gemakkelijk kunnen omzeilen door de controles op een andere locatie te laten gebeuren. Zie: HvJ 15 april 1997, nr. C-272/95, *Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung v. Deutsches Milch-Kontor*, ECLI:EU:C:1997:191.

(*3) HvJ 7 februari 1984, nr. 237/82, *Jongeneel Kaas v. Nederland*, ECLI:EU:C:1984:44.

(*4) HvJ 16 mei 2000, nr. C-388/95, *België v. Spanje*, ECLI:EU:C:2000:244. Zie in dezelfde zin HvJ 20 mei 2003, nr. C-469/00, *Ravil*, ECLI:EU:C:2003:295; HvJ 20 mei 2003, nr. C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma*, ECLI:EU:C:2003:296.

(*5) HvJ 9 juni 1992, nr. C-47/90, *Delhaize*, ECLI:EU:C:1992:250.

(*6) Hoewel het Hof niet steeds consequent is geweest in zijn formulering van deze test, zie o.a. HvJ 24 maart 1994, nr. C-80/92, *Commissie v. België*, ECLI:EU:C:1994:118, ro. 24; HvJ 16 mei 2000, nr. C-388/95, *België v. Spanje*, ECLI:EU:C:2000:244, ro. 41; HvJ 23 mei 2000, nr. C-209/98, *FFAD*, ECLI:EU:C:2000:279, ro. 34. Uit recente rechtspraak blijkt dat het Hof nog steeds vasthoudt aan de standaardbewoordingen uit het arrest *Groenveld*, zie: HvJ 2 oktober 2003, nr. C-12/02, *Marco Grilli*, ECLI:EU:C:2003:538, ro. 41.

(*7) L. WOODS, *Free movement of goods and services within the European Community*, Aldershot, Ashgate, 2004, 101. Volgens OLIVER sluit de eerste voorwaarde op zich reeds de mogelijkheid uit om maatregelen zonder onderscheid te verbieden; P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community under articles 28 to 30 of the E.C. Treaty*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 140.

VWEU, als een algemeen verbod van handelsbelemmerende maatregelen dat naast discriminatoire maatregelen ook maatregelen zonder onderscheid treft. (*1)

Het Hof geeft geen duidelijke verklaring voor dit verschil in interpretatie tussen beide bepalingen. In de zaak *Oebel* heeft advocaat-generaal CAPOTORTI dan ook gepleit, zij het zonder succes, voor een ‘unitaire’ aanpak onder het vrije verkeer van goederen, zowel ten aanzien van het begrip ‘maatregelen van gelijke werking’ als met betrekking tot de toepasselijke rechtvaardigingsgronden. (*2) OLIVER suggereert een aantal verklaringen voor de weigering van het Hof om deze discrepantie tussen de artikelen 34 en 35 VWEU op te heffen. Volgens hem zou een uitbreiding van de draagwijdte van het verbod van artikel 35 VWEU tot maatregelen zonder onderscheid, zoals dit is gebeurd bij artikel 34 VWEU, tot gevolg hebben dat in het kader van het sociaaleconomische beleid van een lidstaat vastgestelde nationale regelgeving die niets te maken heeft met interstatelijke handel, maar wel productiebeperkingen oplegt, door het verbod wordt getroffen. Daarnaast zou een ruime interpretatie van artikel 35 VWEU maatregelen kunnen vatten die eigenlijk binnen de draagwijdte van artikel 49 VWEU vallen. Ten slotte zijn exportbeperkingen totaal verschillend van en veel zeldzamer dan importbeperkingen, zodat dit een uiteenlopende aanpak zou rechtvaardigen. (*3)

In *Gysbrechts*, een prejudiciële uitspraak op verzoek van het *hof van beroep* te Gent, heeft het Hof van Justitie echter een opening gecreëerd naar een breder toepassingsgebied voor artikel 35 VWEU. (*4) De zaak betrof de verenigbaarheid met het verbod van artikel 35 VWEU van artikel 80, § 3 van de Handelspraktijkenwet, dat verkopers op afstand verbood om een voorschot of betaling te eisen vóór het verstrijken van het herroepingsrecht van 7 werkdagen. Het *hof van beroep* te Gent twijfelde aan de verenigbaarheid van artikel 80, § 3 met het vrije verkeer van goederen en stelde een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Volgens het *hof van beroep* kon de wetsbepaling gezien worden als een beperking van het vrij verkeer gelet op het gevaar dat Belgische handelaars moeilijker betaling zouden verkrijgen wanneer zij aan buitenlandse klanten leveren, en zeker wanneer het om relatief kleine bedragen gaat. (*5)

In zijn analyse herhaalt het Hof de *Groenveld*-test als toetssteen om na te gaan of artikel 80, § 3 als een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve uitvoerbeperking dient te worden gekwalificeerd. Daarbij hecht het Hof veel belang aan de

(*1) K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, randnr. 197.

(*2) Conclusie AG Capotorti van 27 mei 1981 in nr. 155/80, *Oebel*, ECLI:EU:C:1981:123.

(*3) P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 135.

(*4) HvJ 16 december 2008, nr. C-205/07, *Gysbrechts*, ECLI:EU:C:2008:730.

(*5) Art. 80, § 3 van de Handelspraktijkenwet werd niet overgenomen in de nieuwe wet betreffende handelspraktijken en consumentenbescherming van 6 april 2010, BS 12 april 2010, 20803.

bovenvermelde overweging van het *hof van beroep* en merkt het op “*dat ook al is een verbod als aan de orde in het hoofdgeding, van toepassing op alle op het nationale grondgebied handelende marktdeelnemers, dit niettemin nadeliger is voor de uitvoer van producten van de markt van de uitvoerende lidstaat dan voor de handel in producten op de nationale markt van die lidstaat.*” (*1) Hoewel het Hof hier niet geheel duidelijk is (*2), lijkt het de verbodsbepaling bijgevolg te kwalificeren als indirect discriminerend, eerder dan een maatregel die zonder onderscheid van toepassing is. (*3) Het Hof besluit dan ook dat het vrije verkeer van goederen, in casu de uitvoer, door deze Belgische bepaling wordt belemmerd en, bij gebrek aan rechtvaardiging, in strijd is met artikel 35 VWEU.

Een duidelijkere illustratie dat het verbod in artikel 35 VWEU ook indirect discriminerende maatregelen vat, vinden we in het recente *New Valmar* arrest. (*4) In die zaak zag de rechtbank van Koophandel van Gent zich geconfronteerd met een geschil tussen New Valmar en zijn Italiaanse concessiehouder GPPH. GPPH had geweigerd om een aantal facturen te betalen, aangezien deze niet waren opgesteld in het Nederlands, zoals vereist onder de Belgische Taalwet en het Vlaamse Taaldecreet. Het Hof parafraseerde zijn rechtspraak in *Gysbrechts* als volgt: “*een nationale maatregel van toepassing op alle op het nationale grondgebied handelende marktdeelnemers die de facto nadeliger is voor de uitvoer van producten van de markt van de uitvoerende lidstaat dan voor de handel in producten op de nationale markt van die lidstaat, [valt] onder het in artikel 35 VWEU neergelegde verbod.*” (*5) Daarbij merkte het Hof op dat de taalregeling in kwestie het risico op niet-betaling of betwisting van facturen kan verhogen en dus beperkende gevolgen kan hebben voor het vrij verkeer. Met betrekking tot de aard van de beperking erkende het Hof dat de taalregeling “*weliswaar een weerslag [kan] hebben zowel op de interne handel van de betrokken lidstaat als op de grensoverschrijdende handel, aangezien zij zonder onderscheid van toepassing is op elke factuur die wordt afgegeven door een onderneming met haar exploitatiezetel in dat taalgebied, maar dat neemt niet weg dat de kans groter is dat zij laatstbedoelde handel beïnvloedt, [...] daar het minder waarschijnlijk is dat een koper die is gevestigd in een andere lidstaat dan het Koninkrijk België Nederlands begrijpt dan een koper die is gevestigd in het Koninkrijk België, waar die taal een van de officiële talen is.*” (*6) Ook hier leverde de beperking een schending van het vrij verkeer op, aangezien België de taalregeling niet afdoende kon rechtvaardigen.

(*1) HvJ 16 december 2008, nr. C-205/07, *Gysbrechts*, ECLI:EU:C:2008:730, ro. 43.

(*2) Zie hierover W.-H. ROTH, *CML Rev.* 2010, 516.

(*3) Het onderscheid tussen indirect discriminerende maatregelen en maatregelen zonder onderscheid is niet altijd duidelijk. Zie hierover L. VAN DEN BROECK, *Indirecte discriminatie op grond van nationaliteit*, Antwerpen, Maklu, 2014, 61-72.

(*4) HvJ 21 juni 2016, nr. C-15/15, *New Valmar*, ECLI:EU:C:2016:464.

(*5) HvJ 21 juni 2016, nr. C-15/15, *New Valmar*, ECLI:EU:C:2016:464, ro. 36.

(*6) HvJ 21 juni 2016, nr. C-15/15, *New Valmar*, ECLI:EU:C:2016:464, ro. 43.

pretatie van artikelen 34 en 35 VWEU, waarbij het onzeker blijft of het Hof ook zure
vere zonder onderscheid maatregelen zou kwalificeren als maatregelen van gelijke
werking als kwantitatieve uitvoerbeperkingen. Het Hof houdt nog steeds vast aan
zijn *Groenveld*- of discriminatietest, zij het dat deze een ruimere draagwijdte krijgt
dan voorheen het geval was en nu ook met name indirecte of de-facto discrimina-
tie treft. In die optiek is er sprake van een voortschrijdende convergentie tussen
de beoordeling van in- en uitvoerbeperkingen. Zoals hierna zal blijken, heeft dit
convergentieproces ook een invloed op de toepasselijke rechtvaardigingsgronden.

B. DWINGENDE VEREISTEN?

Het onderscheid in draagwijdte tussen artikel 34 en 35 VWEU zou in principe ook een
invloed moeten hebben op de mogelijke gronden die ter rechtvaardiging van een beper-
king van het vrije verkeer van goederen kunnen worden ingeroepen. Meer specifiek zou
het verschil in interpretatie ook moeten inhouden dat de *Cassis de Dijon* doctrine niet
geldt in het kader van artikel 35 VWEU. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kun-
nen discriminerende maatregelen van gelijke werking immers enkel en alleen gerecht-
vaardigd worden op basis van de limitatieve gronden vermeld in artikel 36 VWEU en
dus niet door dwingende vereisten. (*1) Verboden exportbeperkingen, die per definitie
discriminatorisch zijn, zouden dus niet in aanmerking mogen komen voor de toepassing
van de ‘rule of reason’. In het verleden is door advocaat-generaal CAPOTORTI reeds
gepleit voor de mogelijkheid om ook dwingende vereisten in te roepen ter rechtvaar-
diging van verboden exportbeperkingen. Dit betoog was een logisch verlengstuk van
zijn pleidooi in de zaak *Oebel* om een eenvormige aanpak te hanteren bij de invul-
ling van zowel artikel 34 VWEU als artikel 35 VWEU. Het Hof was echter niet over-
tuigd. Bijgevolg zou, gezien zijn strikte interpretatie van artikel 35 VWEU, waarbij
enkel discriminerende exportbeperkingen worden gevisieerd, in deze context dan ook
ieder beroep op dwingende vereisten als vanzelfsprekend moeten worden verworpen.
Desalniettemin kon worden getwijfeld aan deze logische deductie en dit op basis van
signalen die het Hof voor het eerst in het arrest *Dusseldorp* heeft gegeven.

In deze zaak wekte het Hof, gesteund door advocaat-generaal JACOBS (*2), de in-
druk dat een Nederlandse uitvoerbeperking voor afvalstoffen die in strijd werd ge-
acht met artikel 35 VWEU, in principe in aanmerking kwam voor rechtvaardiging
zowel door een dwingende vereiste verband houdende met milieubescherming als
door een van de in artikel 36 VWEU vermelde gronden. (*3) Door de gebrekkige

(*1) HvJ 17 juni 1981, nr. 113/80, *Commissie v. Ierland*, ECLI:EU:C:1981:139, ro. 11; zie verder onder V. Uitzonderingen: artikel 36 VWEU en de ‘rule of reason’.

(*2) Conclusie AG Jacobs van 23 oktober 1997 in nr. C-203/96, *Dusseldorp*, ECLI:EU:C:1997:508, overwegingen 89-91.

(*3) HvJ 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp*, ECLI:EU:C:1998:316, ro. 49. Voor uitgebreid commentaar bij dit arrest, zie: N. NOTARO (noot onder nr. C-203/96, *Dusseldorp*), *CML Rev.* 1999, 1309.

argumentatie van de Nederlandse overheid kon deze verdediging uiteindelijk niet slagen en bleef het onduidelijk of het Hof in de praktijk een dwingende vereiste zou aanvaarden ter rechtvaardiging van een discriminerende exportbeperking. Later heeft advocaat-generaal JACOBS zijn pleidooi herhaald om in sommige gevallen ook rechtstreeks discriminerende beperkingen van het vrije goederenverkeer door dwingende vereisten inzake milieubescherming te laten rechtvaardigen. (*1) Volgens hem bestonden er ten tijde van zijn conclusie reeds aanwijzingen dat het Hof zijn vaste rechtspraak in die zin aan het herzien was. In functie van de rechtszekerheid verzocht hij op dit punt een uitdrukkelijke stellingname van het Hof. (*2)

In *Gysbrechts* houdt het Hof vast aan *Groenveld*, maar voor het eerst brengt het Hof een nieuwe categorie maatregelen onder het toepassingsgebied van artikel 35 VWEU, met name maatregelen die zonder formeel te discrimineren wel een discriminerend effect hebben op de uitvoer. Die indirect discriminerende maatregelen kunnen wel eventueel gerechtvaardigd worden met een beroep op de dwingende vereisten naast de rechtvaardigingsgronden in artikel 36 VWEU. (*3) In *Gysbrechts* sneuvelt echter het verweer van de Belgische staat op basis van de dwingende vereiste inzake consumentenbescherming. Volgens het Hof is de maatregel wel geschikt om een hoog beschermingsniveau voor de consumenten te bereiken, maar zijn er minder beperkende maatregelen voorhanden dan een verbod om zelfs het nummer van de kredietkaart van de consument te vragen. Het belang van deze uitspraak kan desondanks niet onderschat worden, aangezien het Hof (gedeeltelijk) in is gegaan op het verzoek om verduidelijking van advocaat-generaal JACOBS. Het Hof brengt indirect discriminerende maatregelen die het verlaten van goederen van de nationale markt belemmeren ook onder artikel 35 VWEU. Dergelijke maatregelen kunnen gerechtvaardigd worden, niet enkel op basis van artikel 36 VWEU (de enige rechtvaardigingsgrond voor formeel discriminerende maatregelen à la *Groenveld*), maar ook op basis van dwingende vereisten van algemeen belang ('rule of reason').

(*1) Conclusie AG Jacobs van 26 oktober 2000 in nr. C-379/98, *PreussenElektra*, ECLI:EU:C:2000:585, ro. 228-229.

(*2) Deze oproep van AG Jacobs werd gesteund door OLIVER, die daar zelf reeds geruime tijd voor pleitte en naar wiens standaardwerk Jacobs in zijn conclusie in de zaak *Dusseldorp* had verwezen, zie: P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Community under articles 28 to 30 of the E.C. Treaty*, Londen, Sweet & Maxwell, 2003, 220.

(*3) HvJ 16 december 2008, nr. C-205/07, *Gysbrechts*, ECLI:EU:C:2008:730, overweging 45.

De algemene verbodsregels van artikel 34 of 35 VWEU gelden niet onverkort. Artikel 36 VWEU voorziet immers expliciet in een reeks uitzonderingsgronden op basis waarvan lidstaten in bepaalde gevallen aan deze verbodsbepalingen kunnen ontsnappen. Vermits artikel 36 VWEU aldus in een afwijking voorziet op het fundamentele beginsel van vrij verkeer van goederen, worden de in artikel 36 VWEU opgesomde doelstellingen van algemeen belang restrictief geïnterpreteerd door het Hof. (*2)

Lidstaten kunnen artikel 36 VWEU ter rechtvaardiging van zowel kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen als maatregelen van gelijke werking inroepen, ongeacht of die een discriminatoir karakter hebben dan wel zonder onderscheid gelden. Bovendien bestaat er sinds het arrest *Cassis de Dijon* voor deze laatste categorie maatregelen een reeks extra uitzonderingsgronden, beter bekend onder de noemer ‘rule of reason’ of dwingende vereisten. De ‘rule of reason’ vormt een niet-limitatieve, open lijst van rechtvaardigingsgronden, terwijl artikel 36 VWEU zes limitatieve uitzonderingsgronden opsomt.

Wil een lidstaat slagen in zijn beroep op artikel 36 VWEU en/of de ‘rule of reason’, dan moet aan een reeks cumulatieve basisvoorwaarden zijn voldaan.

In de eerste plaats kan op nationaal niveau slechts afgeweken worden van de artikelen 34 en 35 VWEU en kunnen de lidstaten m.a.w. in hun eigen beschermingsniveau voorzien, zolang er op Unie niveau nog geen volledige harmonisatie heeft plaatsgevonden. De verschillende nationale maatregelen ter bescherming van de ingeroepen doelstelling van algemeen belang mogen m.a.w. nog geen voorwerp hebben uitgemaakt van een Europese harmonisatiemaatregel. (*3) Zodra de Unie

(*1) Vroeger werd algemeen aangenomen op basis van de zaak *Campus Oil* dat een beroep op de verdragsuitzondering van art. 106, tweede lid VWEU niet mogelijk was ter rechtvaardiging van nationale beperkingen van het vrije goederenverkeer, HvJ 10 juli 1984, nr. 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256, ro. 19. In een aantal arresten inzake nationale monopolies heeft het Hof de uitzondering van art. 106, tweede lid VWEU echter ook van toepassing verklaard op nationale maatregelen die in strijd zijn met art. 37 VWEU, een van de basisbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, HvJ 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:1997:499, ro. 32; HvJ 23 oktober 1997, nr. C-158/94, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1997:500, ro. 43; HvJ 23 oktober 1997, nr. C-159/94, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:501, ro. 49; HvJ 31 mei 2005, nr. C-438/02, *Hanner*, ECLI:EU:C:2005:332, ro. 47. Het is evenwel niet geheel duidelijk of deze uitzonderingsbepaling geldt voor alle verdragsbepalingen inzake het vrije goederenverkeer, inclusief de art. 34 en 35 VWEU, dan wel enkel kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van inbreuken op art. 37 VWEU. Volgens OLIVER mag ervan uitgegaan worden dat art. 106, tweede lid VWEU een extra uitzonderingsgrond vormt voor zowel art. 37 VWEU als art. 34 en 35 VWEU, zie: P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 376.

(*2) HvJ 25 januari 1977, nr. 46/76, *Bauhuis*, ECLI:EU:C:1977:6, ro. 12.

(*3) Bij gebreke aan volledige harmonisatie kunnen de uitzonderingsgronden wel nog worden ingeroepen, maar enkel met betrekking tot het onderdeel dat niet op Unieniveau is geregeld. In dergelijke gevallen moet de betrokken lidstaat daarom grondig nagaan tot welk onderdeel de nationale maatregel behoort. Zie o.a. HvJ 19 maart 1998, nr. C-1/96, *Compassion in World Farming*, ECLI:EU:C:1998:113.

daarin heeft voorzien, is een beroep op artikel 36 VWEU en/of de ‘rule of reason’ niet meer toegelaten. (*1)

Bovendien kunnen artikel 36 VWEU en/of de ‘rule of reason’ enkel worden ingeroepen ter bescherming van niet-economische belangen. (*2) Zuiver economische doelstellingen kunnen geen rechtvaardiging vormen voor een belemmering van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen. (*3)

Ten slotte volstaat het niet dat een lidstaat zonder meer een rechtvaardigingsgrond van artikel 36 VWEU en/of de ‘rule of reason’ opgeeft. Het is aan iedere lidstaat om in concreto aan te tonen (*4) dat de afwijkende nationale maatregel voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. (*5) Iedere nationale afwijking die een beperking inhoudt op het vrij verkeer zoals neergelegd in artikelen 34 en 35 VWEU moet (i) geschikt en (ii) noodzakelijk zijn ter verwezenlijking van het vooropgestelde doel en moet bovendien (iii) proportioneel stricto sensu zijn. Zoniet houdt de beperking een schending in van het vrij verkeer.

Eén en ander impliceert een causaal verband tussen maatregel en doelstelling. Wanneer een lidstaat ter verwezenlijking van die doelstelling kan kiezen tussen verschillende maatregelen, waarvan de ene een grotere belemmering veroorzaakt dan de andere, moet worden geopteerd voor de minst belemmerende. De rechtvaardigingsgronden van artikel 36 VWEU en de ‘rule of reason’ gelden dus niet wanneer de vooropgestelde doelstelling van algemeen belang kan worden beschermd door maatregelen die het handelsverkeer minder beperken. (*6) Het is net op dit punt, dat raakt aan de noodzakelijkheid, dat het verweer van de lidstaten vaak sneuvelt.

(*1) HvJ 5 oktober 1977, nr. 5/77, *Tedeschi*, ECLI:EU:C:1977:144, ro.35. Zie ook HvJ 20 juni 1991, nr. C-39/90, *Denkavit*, ECLI:EU:C:1991:267, ro. 19.

(*2) HvJ 19 december 1961, nr. 7/61, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1961:31; HvJ 25 juni 1998, nr. C-203/96, *Dusseldorp*, ECLI:EU:C:1998:316, ro. 44.

(*3) HvJ 28 april 1998, nr. C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167, ro. 39. Wanneer een nationale maatregel gerechtvaardigd is op basis van een doelstelling van algemeen belang van niet-economische aard, sluit de omstandigheid dat met de regeling ook doelstellingen van economische aard kunnen worden bereikt, de toepassing van art. 36 VWEU niet uit, zie HvJ 10 juli 1984, nr. 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256, ro. 36.

(*4) HvJ 8 november 1979, nr. 251/78, *Denkavit*, ECLI:EU:C:1979:252, ro. 24.

(*5) Voor een bespreking van het evenredigheidsbeginsel, zie o.a. G. DE BÚRCA, ‘The principle of proportionality and its application in EC law’ in A. BARAV en D. A. WYATT (eds.), *Yearbook of European Law 1993*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 105-150; J. H. JANS, ‘Evenredigheid Revisited’, *SEW* 2000, 270-282. Zoals AG Van Gerven opmerkte in zijn conclusie in de zaak *Conforama*, worden beide vereisten in de rechtspraak van het Hof vaak samen behandeld, hoewel de begrippen volgens hem niet samen vallen, zie Conclusie AG Van Gerven van 22 november 1990 in nr. C-312/89, *Conforama*, ECLI:EU:C:1990:418, ro. 14.

(*6) HvJ 23 februari 2006, nr. C-441/04, *A-Punkt Schmuckhandels*, ECLI:EU:C:2006:141, ro. 26-27.

niet altijd consequent op die wijze gevolgd. De meest heldere en coherente bespreking van de werking van het evenredigheidsbeginsel voor de toetsing van beperkingen aan het vrije verkeer is terug te vinden bij advocaat-generaal Poiares Maduro in de *Ahokainen*-zaak:

Wanneer een nationale maatregel in beginsel onder het verbod van artikel [34 VWEU] valt, is het aan de lidstaat om aan te tonen dat het nut van deze maatregel voor het door het [Unie]recht erkende openbaar belang, zwaarder weegt dan de uit de beperking van het vrije verkeer voortvloeiende kosten. [...] Wanneer het Hof nagaat of een maatregel van een lidstaat aan de evenredigheidsis voldoet, toetst het echter niet rechtstreeks de algemene kosten/baten-analyse die door die lidstaat is verricht, maar past het in de praktijk altijd een of meer van de hieronder besproken sub-tests toe.

De eerste is een geschiktheidstest: de in geding zijnde maatregel moet daadwerkelijk tot de verwezenlijking van het beoogde doel bijdragen. [...] Bij de geschiktheidstest gaat het erom of de maatregel ook maar enigszins ten goede komt aan de legitieme belangen waarop de lidstaat zich beroept. Wanneer dit niet het geval is, is de maatregel per definitie in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

De tweede test betreft de noodzaak van de maatregel. Preciezer gezegd gaat het hierbij om de vraag of er daadwerkelijk een alternatieve maatregel voorhanden is die de legitieme belangen van de lidstaat even doeltreffend zou beschermen, maar tegelijkertijd het vrije goederenverkeer minder zou belemmeren. Of, om het anders te formuleren: zou de lidstaat, door een vergelijkbare hoeveelheid van zijn middelen te spenderen aan een alternatieve maatregel, hetzelfde, maar voor de intra-communautaire handel minder belastend resultaat kunnen bereiken? [...] Indien de lidstaat kan aantonen dat vaststelling van de alternatieve maatregel nadelige gevolgen zou hebben voor andere legitieme belangen (bijvoorbeeld voor fundamentele rechten), moet deze omstandigheid uiteraard in aanmerking worden genomen. Wanneer niet voor het minst beperkende alternatief wordt gekozen, levert dit normaal gesproken echter schending van het evenredigheidsbeginsel op.

In de doctrine wordt de derde test dikwijls aangeduid als “proportionaliteit stricto sensu”. Dit aspect van de evenredigheidsbeoordeling kan in de vorm van de volgende regel worden uitgedrukt: hoe ernstiger de belemmeringen van het vrije goederenverkeer zijn, des te meer gewicht dient toe te komen aan de bescherming

(*1) Andere auteurs, zoals o.a. BARNARD en TRIDIMAS, stellen dat de proportionaliteitstoets slechts tweeledig is. Zie C. BARNARD, *The Substantive Law of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 177; T. TRIDIMAS, “Proportionality in Community law: Searching for the appropriate standard of scrutiny” in E. ELLIS (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, 68.

*van het door de lidstaten ingeroepen openbaar belang. De lidstaat dient derhalve aan te tonen dat de mate waarin hij zijn legitieme belangen beschermd wenst te zien, in verhouding staat tot de daardoor veroorzaakte belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer. Het verschil met de tweede test is, dat op basis van de uitkomst van de derde test van een lidstaat kan worden verlangd dat hij een maatregel treft die het intracommunautaire handelsverkeer minder belemmert, ook al zou als gevolg daarvan het niveau van bescherming van zijn legitieme belangen lager uitvallen. In het kader van deze test kent het Hof de lidstaat gewoonlijk een zekere beoordelingsvrijheid toe bij de keuze van het gewenste niveau van bescherming van het in geding zijnde openbaar belang. Verschillende lidstaten kunnen derhalve aan de legitieme belangen waarvan zij de bescherming wensen te verzekeren, een verschillende waarde toekennen. Alleen op gebieden waarop het [Unie]recht reeds duidelijk een gemeenschappelijk niveau van bescherming van het betrokken legitieme belang vastlegt, past het Hof de test strikter toe. In dergelijke gevallen moeten de lidstaten meer moeite doen om maatregelen die het vrije verkeer beperken, te rechtvaardigen. [...] In het merendeel van de gevallen waarin het Hof de evenredigheid van een maatregel heeft beoordeeld, zijn echter de eerste twee tests toegepast. (*1)*

De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van nationale maatregelen door het Hof is evenwel niet geheel onomstreden. Een fundamentele kritiek op het Hof is immers dat het zich een politieke bevoegdheid toe-eigent onder het mom van een juridische toetsing en zo interfereert in het (nationaal) politieke proces waarin politieke kwesties (bv. welke activiteiten, en hoe, wil men als maatschappij reguleren) beslecht worden. (*2) Hoewel deze discussie buiten het opzet van deze bijdrage ligt, kan worden opgemerkt dat het Hof deze kritiek impliciet adresseert door meer nadruk te leggen op de zgn. procedurele proportionaliteit van nationale maatregelen. In het kort gesteld probeert het Hof te vermijden zich uit te spreken over de inhoud van een maatregel en eist het daarentegen dat regels van ‘good governance’ gerespecteerd worden bij het uitwerken en toepassen van de nationale maatregel. (*3)

Bij de verdere bespreking van de verschillende rechtvaardigingsgronden van artikel 36 VWEU en de ‘rule of reason’ zal enkel ingegaan worden op de basiselementen in de beoordeling door het Hof. (*4)

(*1) Conclusie van AG Pólares Maduro van 13 juli 2006 in nr. C-434/04, *Ahokainen*, ECLI:EU:C:2006:462, ro. 23-26.

(*2) Zie P. CARO DE SOUSA, *The European Fundamental Freedoms – A Contextual Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 47-48.

(*3) Zie C. BARNARD, *The Substantive Law of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2013, 191-192.

(*4) Voor een uitgebreide bespreking van de uitzonderingsgronden en van recente rechtspraak waarin die door het Hof werden getoetst, kan worden verwezen naar P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 215-369; B. BRUNESSEN, L. GRARD, F. PÉRALDI LENEUF, C. BLUMANN, *Introduction au marché intérieur: libre circulation des marchandises*, Bruxelles, Ed. de l’Université de Bruxelles, 2015, 321-404.

Nationale afwijkingen op de artikelen 34 en 35 VWEU kunnen op basis van artikel 36 VWEU gerechtvaardigd worden met een beroep op een van de zes daarin opgesomde doelstellingen van algemeen belang. Het betreft met name de bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom.

De tweede zin van artikel 36 VWEU voegt een extra voorwaarde toe: nationale beperkingen van het vrije verkeer van goederen die onder een van de rechtvaardigingsgronden vallen, mogen geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen. Deze bepaling moet verhinderen dat oneigenlijk wordt gebruikgemaakt van artikel 36 VWEU door goederen van oorsprong uit andere lidstaten te discrimineren of bepaalde nationale producties zijdelings te beschermen.

Zo oordeelde het Hof dat een Brits invoerverbod voor pornografische artikelen dat ter bescherming van de openbare zeden was uitgevaardigd, geen middel kan vormen tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel, wanneer binnen het Verenigd Koninkrijk geen geoorloofde handel in die goederen bestaat. (*1) Er is wel sprake van een willekeurige discriminatie, wanneer voor ingevoerde alcoholische drank een volledig reclameverbod geldt, terwijl voor Franse alcoholische drank slechts een gedeeltelijk verbod van kracht is. (*2) Uit latere rechtspraak betreffende artikel 36 VWEU blijkt echter dat het Hof dit vereiste meer benadert als een algemeen onderzoek naar de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de nationale maatregel. (*3)

Met betrekking tot de bescherming van de openbare zedelijkheid bepaalt elke lidstaat zelf de toepasselijke normen op zijn grondgebied overeenkomstig zijn eigen waardesysteem. (*4) Het Unierecht laat de lidstaten vrij in hun beoordeling van het aanstotelijke of ontuchtige karakter van bepaalde goederen. Ingevoerde goederen kunnen echter niet worden geacht in die mate aanstootgevend te zijn, dat een beperking van het vrije goederenverkeer gerechtvaardigd is, wanneer de betrokken lidstaat met betrekking tot dezelfde, op zijn grondgebied geproduceerde goederen, geen doeltreffende maatregelen neemt om de verspreiding ervan te voorkomen. Bijgevolg kan een invoerverbod niet met een beroep op de openbare zedelijkheid worden gerechtvaardigd, wanneer de wetgeving van de lidstaat van

(*1) HvJ 14 december 1979, nr. 34/79, *Henn en Darby*, ECLI:EU:C:1979:295, ro. 21.

(*2) HvJ 10 juli 1980 nr. 152/78, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1980:187, ro. 18.

(*3) Zie K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, randnr. 201.

(*4) HvJ 14 december 1979, nr. 34/79, *R. v. Henn en Darby*, ECLI:EU:C:1979:295, ro. 15.

invoer de vervaardiging of het in de handel brengen van dezelfde goederen op zijn grondgebied toelaat. (*1)

De bescherming van de openbare orde is een algemene en daardoor potentieel een zeer ruime uitzonderingsgrond. De lidstaten kunnen deze rechtvaardiging echter niet inroepen als een algemene uitzondering op het vrije verkeer van goederen, zodat in de praktijk het Hof deze uitzonderingsgrond zelden heeft aanvaard. (*2) Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat een lidstaat enkel in welbepaalde gevallen een beroep kan doen op deze rechtvaardigingsgrond en met name alleen wanneer het optreden van de lidstaat gevolgen zou hebben voor de openbare orde die hij niet de baas kan.

Bijgevolg moet een lidstaat die een beroep doet op de openbare orde, in concreto aantonen dat er daadwerkelijk een gevaar voor de openbare orde bestaat waaraan hij niet het hoofd kan bieden. (*3)

De bescherming van de openbare veiligheid omvat zowel de interne als de externe veiligheid van een lidstaat (*4), maar blijft tot op heden niet zeer duidelijk afgebakend. Een aantal zaken waarin deze uitzonderingsgrond werd aangehaald, hadden betrekking op de import van olie en het beschermen van de binnenlandse raffinaderijen. In de meerderheid van de gevallen heeft het Hof de rechtvaardiging door de lidstaat echter verworpen. (*5)

In het kader van de bescherming van de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, staat het aan de lidstaten om, bij gebreke aan harmonisatie en rekening houdend met de onzekerheid die bij de huidige stand van de wetenschap nog bestaat, binnen de door het Verdrag gestelde grenzen te beslissen over het beschermingsniveau dat zij willen waarborgen. (*6) De meerderheid van de zaken waarin deze rechtvaardigingsgrond wordt ingeroepen, heeft betrekking op de invoer en verhandeling van bepaalde voedingsmiddelen. Veelal onderwerpen lidstaten de verhandeling daarvan aan een voorafgaande goedkeuring of controle. De lidstaat van invoer moet echter rekening houden met tests of controles die in de lidstaat van uitvoer zijn verricht en die gelijke garanties bieden en, bijgevolg, deze controles

(*1) HvJ 11 maart 1986, nr. 121/85, *Conegate*, ECLI:EU:C:1986:114, ro. 15-16.

(*2) HvJ 23 november 1978, nr. 7/78, *Thompson*, ECLI:EU:C:1978:209, ro. 34.

(*3) HvJ 29 januari 1985, nr. 231/83, *Cullet*, ECLI:EU:C:1985:29, ro. 33; HvJ 9 december 1997, nr. C-265/95, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:595, ro. 56-58.

(*4) HvJ 4 oktober 1991, nr. C-367/89, *Richardt*, ECLI:EU:C:1991:376, ro. 22.

(*5) HvJ 10 juli 1984, nr. 72/83, *Campus Oil*, ECLI:EU:C:1984:256, ro. 34; HvJ 29 januari 1985, nr. 231/83, *Cullet*, ECLI:EU:C:1985:29, ro. 32; HvJ 13 december 1990, nr. C-347/88, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1990:470, ro. 47-49; HvJ 25 oktober 2001, nr. C-398/98, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:2001:565, ro. 29.

(*6) HvJ 14 juli 1983, nr. 174/82, *Sandoz*, ECLI:EU:C:1983:213, ro. 16.

invoer van levensmiddelen waaraan bepaalde stoffen zoals vitaminen en mineralen zijn toegevoegd. In dergelijke gevallen vereist het evenredigheidsbeginsel dat de beoordeling van verrijkte levensmiddelen berust op een grondige evaluatie van het gestelde risico. (*2)

De rechtvaardigingsgrond inzake bescherming van het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit diende tot op heden nog niet te worden onderzocht door het Hof (*3), zodat er onduidelijkheid bestaat omtrent de juiste draagwijdte van deze rechtvaardigingsgrond.

De bescherming van de industriële en commerciële eigendom neemt een bijzondere plaats in tussen de verschillende gronden van artikel 36 VWEU. (*4) Deze uitzonderingsgrond heeft immers betrekking op particuliere belangen van marktdeelnemers die door nationale wetgeving worden beschermd. Nationale intellectuele eigendomsrechten worden gekenmerkt door territorialiteit en exclusiviteit. Hierdoor ontstaat er een spanningsveld tussen deze rechten en het fundamentele beginsel van vrij goederenverkeer.

De houder van een intellectueel eigendomsrecht is op basis van zijn nationaal recht in staat om nationale markten af te schermen en de totstandkoming van de interne markt tegen te gaan. Het was noodzakelijk dat het Hof een evenwicht vond tussen

(*1) HvJ 8 februari 1983, nr. 124/81, *Commissie v. VK*, ECLI:EU:C:1983:30, ro. 7-8; HvJ 25 mei 1993, nr. C-228/91, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1993:206, ro. 20-24.

(*2) HvJ 23 september 2003, nr. C-192/01, *Commissie v. Denemarken*, ECLI:EU:C:2003:492, ro. 47; HvJ 5 februari 2004, nr. C-24/00, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:2004:70, ro. 54; HvJ 2 december 2004, nr. C-41/02, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:2004:762, ro. 48; voor een uitgebreide analyse van deze rechtspraak en de verzwarende van de beoordeling door het Hof van Justitie, zie: M. NOORT, 'Rise and Shine: de niet te stuiten opmars van de verrijkte levensmiddelen', *NTER* 2005, 115-121.

(*3) In *Libro* oordeelde het Hof dat "de bescherming van het boek als cultuurgood, geen rechtvaardigingsgrond voor invoerbeperkende maatregelen in de zin van artikel [36 VWEU] [kan] vormen. De bescherming van de culturele verscheidenheid in het algemeen kan immers niet worden geacht te vallen onder "bescherming van het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit" in de zin van artikel [36 VWEU]." Zie HvJ 30 april 2009, nr. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, ECLI:EU:C:2009:276, ro. 32. In *Staatssecretaris van Financiën v. X* was de vraag aan de orde of de Nederlandse regeling waarbij een belastingaftrek voor kosten aan monumentenpanden gelegen op het Nederlands grondgebied is voorzien, conform de vrijheid van vestiging was. Artikel 52 VWEU, dat de uitzonderingsgronden voor de vrijheid van vestiging regelt, verwijst, i.l.t., art. 36 VWEU, niet naar 'nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit'. AG Kokott verwees evenwel expliciet naar art. 36 VWEU om de Nederlandse maatregel te rechtvaardigen onder een rule of reason test. Het Hof volgde de AG, zonder evenwel naar art. 36 VWEU te verwijzen. Zie Conclusie van AG Kokott 4 september 2014, nr. C-87/13, *Staatssecretaris van Financiën v. X*, ECLI:EU:C:2014:2164, ro. 44. In *Commissie v. Italië* aanvaardde het Hof het behoud van het historisch en artistiek bezit als een algemeen belang dat als rechtvaardiging kon ingeroepen worden voor een beperking van het vrij verkeer van diensten, maar werd de concrete maatregel als onevenredig beschouwd. Zie HvJ 26 februari 1991, nr. C-180/89, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1991:78.

(*4) Hoewel art. 36 VWEU enkel spreekt over industriële eigendomsrechten (met name octrooien, merken, tekeningen en modellen en kwekersrechten), heeft deze rechtvaardigingsgrond ook betrekking op auteursrechten en naburige rechten, HvJ 20 januari 1981, nrs. 55 en 57/80, *Musik-Vertrieb Membran*, ECLI:EU:C:1981:10, ro. 9; op herkomstaanduidingen, HvJ 9 juni 1992, nr. C-47/90, *Delhaize*, ECLI:EU:C:1992:250, ro. 16; en op benamingen van oorsprong, HvJ 10 november 1992, nr. C-3/91, *Exportur*, ECLI:EU:C:1992:420. In deze bijdrage zal daarom verder het begrip 'intellectuele eigendomsrechten' worden gebruikt.

deze twee tegenstrijdige belangen. Het Hof maakt in zijn rechtspraak een onderscheid tussen het bestaan van dergelijke rechten, dat door de nationale wetgeving wordt geregeld en de uitoefening van deze rechten door de houder ervan. Het bestaan wordt ongemoeid gelaten, terwijl de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten aan de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen moet worden getoetst. De uitzonderingsgrond van artikel 36 VWEU kan slechts worden ingeroepen door een houder, wanneer hij daarmee de rechten die het ‘specifieke voorwerp’, m.a.w. de kern, van zijn intellectuele eigendom wil beschermen. Een houder van intellectuele rechten kan zich echter niet langer op zijn exclusief recht beroepen tegen de invoer of verhandeling van een product in een lidstaat, wanneer datzelfde product door hemzelf of met zijn toestemming ergens in de Unie op rechtmatige wijze in de handel is gebracht. In dat geval is zijn intellectueel eigendomsrecht uitgeput en vallen de betrokken producten zonder enige beperking onder het vrije verkeer van goederen. (*1) Deze rechtspraak van het Hof wordt omschreven als de uitputtingsleer. Aangezien het intellectueel eigendomsrecht nog niet volledig geharmoniseerd is op Unieniveau, kan het ook voorkomen dat het recht waaruit bescherming voortvloeit in één lidstaat is afgelopen, maar in een andere lidstaat nog steeds geldt. In dat geval zijn beperkingen op het vrij verkeer ook gerechtvaardigd op grond van artikel 36 VWEU. (*2)

B. RULE OF REASON

Onder de klassieke rechtspraak van het Hof kan slechts beroep gedaan worden op de ‘rule of reason’ voor de rechtvaardiging van nationale maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en ingevoerde producten, maar niet voor de rechtvaardiging van discriminerende maatregelen. Voor deze laatste kan enkel artikel 36 VWEU ingeroepen worden. (*3) Eén en ander vloeit voort uit de logica van het Cassis de Dijon arrest zelf: het Hof verbreedde het toepassingsgebied van artikel 34 VWEU door te bevestigen dat ook maatregelen zonder onderscheid door het verbod gevat worden. Daartegenover creëerde het Hof ook een tweede categorie uitzonderingen (de ‘rule of reason’) die logischerwijs enkel voor de maatregelen zonder onderscheid kan gelden.

In de praktijk is het Hof evenwel veel minder dogmatisch in zijn benadering van ingeroepen rechtvaardigingsgronden. Dit door de concrete kwalificatie van een beperkende maatregel over te slaan, of door een (direct of indirect) discriminerende maatregel bedenkelijk te kwalificeren als een maatregel zonder onderscheid. Zo ontkende het Hof in een Belgische zaak het discriminerende karakter van een besluit van het Waals Gewest dat het storten van afval uit andere lidstaten of gewesten

(*1) Zie o.a. HvJ 8 juni 1971, nr. 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft*, ECLI:EU:C:1971:59, ro. 11-13; HvJ 31 oktober 1974, nr. 15/74, *Centrafarm*, ECLI:EU:C:1974:114, ro. 6-12.

(*2) HvJ 21 juni 2012, nr. C-5/11, *Donner*, ECLI:EU:C:2012:370, ro. 33.

(*3) HvJ 17 juni 1981, nr. 113/80, *Commissie v. Ierland*, ECLI:EU:C:1981:139, ro. 11.

king gerechtvaardigd kon worden door de dwingende vereiste inzake de bescherming van het milieu. (*1) In *PreussenElektra* beperkte het Hof zich tot de vaststelling dat de Duitse maatregel een beperking op het vrij verkeer uitmaakte (zonder, zoals de AG (*2), expliciet te erkennen dat de maatregel discriminerend was) die gerechtvaardigd kon worden op grond van milieubescherming. (*3)

Sommige auteurs (en advocaten-generaal) verdedigen de visie dat de ‘rule of reason’ ook inroepbaar zou moeten zijn voor discriminerende maatregelen. (*4) Hoewel dit voor een grotere rechtszekerheid zou zorgen, heeft het Hof deze stelling niet overgenomen. In zijn rechtspraak lijkt het Hof dus sporadisch de ‘rule of reason’ te aanvaarden voor (indirect) discriminerende maatregelen (*5), zonder evenwel formeel zijn klassieke rechtspraak op te geven.

Een tweede verschilpunt met artikel 36 VWEU betreft het niet-limitatieve karakter van de ‘rule of reason’. De opsomming van dwingende vereisten die het Hof gaf in het arrest *Cassis de Dijon*, is niet-limitatief. In latere rechtspraak heeft het Hof nog een hele reeks andere doelstellingen van algemeen belang als dwingende vereiste erkend. Zo heeft het Hof naast de doeltreffendheid van de fiscale controles, de eerlijkheid van de handelstransacties en de bescherming van de consument, onder meer ook fraudebestrijding (*6), milieubescherming (*7), het voorkomen van een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van de sociale zekerheid (*8), bescherming van cultuur (*9), verbetering van de arbeidsvoorwaarden (*10), bescherming van de verkeersveiligheid (*11), bescherming van fundamentele rechten (*12),

(*1) HvJ 9 juli 1992, nr. C-2/90, *Commissie v. België*, ECLI:EU:C:1992:310.

(*2) Conclusie van AG Jacobs 26 oktober 2000, nr. C-379/98, *PreussenElektra*, ECLI:EU:C:2000:585, ro. 221.

(*3) HvJ 13 maart 2001, nr. C-379/98, *PreussenElektra*, ECLI:EU:C:2001:160.

(*4) Oliver zet de twee ‘scholen’ tegenover elkaar en pleit voor een bredere toepassing van de ‘rule of reason’. Zie P. OLIVER, *Free movement of goods in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2010, 216-220.

(*5) HvJ 16 december 2008, nr. C-205/07, *Gysbrechts*, ECLI:EU:C:2008:730; HvJ 11 december 2008, nr. C-524/07, *Commissie v. Oostenrijk*, ECLI:EU:C:2008:717; HvJ 30 april 2009, nr. C-531/07, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, ECLI:EU:C:2009:276.

(*6) HvJ 22 oktober 1998, nr. C-184/96, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1998:495, ro. 23-27.

(*7) HvJ 20 september 1988, nr. 302/86, *Commissie v. Denemarken*, ECLI:EU:C:1988:421, ro. 7-9.

(*8) HvJ 28 april 1998, nr. C-120/95, *Decker*, ECLI:EU:C:1998:167, ro. 39.

(*9) HvJ 11 juli 1985, nrs. 60/84 en 61/84, *Cinéthèque*, ECLI:EU:C:1985:329, ro. 23.

(*10) HvJ 28 februari 1991, nr. C-312/89, *Conforama*, ECLI:EU:C:1991:93, ro. 11; HvJ 28 februari 1991, nr. C-332/89, *Marchandise*, ECLI:EU:C:1991:94, ro. 12.

(*11) HvJ 5 oktober 1994, nr. C-55/93, *Van Schaik*, ECLI:EU:C:1994:363, ro. 19.

(*12) HvJ 12 juni 2003, nr. C-112/00, *Schmidberger*, ECLI:EU:C:2003:333, ro. 74.

pluraliteit van de pers en vrijheid van meningsuiting (*1), als dwingende vereisten van algemeen belang erkend. (*2)

Specifiek wat consumentenbescherming betreft, is het aan iedere lidstaat, net zoals in het kader van de bescherming van de volksgezondheid, om bij gebreke aan harmonisatie en binnen de door het verdrag gestelde grenzen te beslissen over de mate waarin zij de bescherming daarvan willen waarborgen. (*3) De beoordelingsvrijheid van de lidstaten wordt echter beperkt door het evenredigheidsbeginsel en de introductie door het Hof, in het bijzonder in zaken betreffende etiketteringsvereisten en misleidende reclame, van een definitie van de consument. De lidstaten moeten bij het aannemen van afwijkende regelgeving rekening houden met de vermoedelijke verwachtingen van de gemiddelde, normaal geïnformeerde, omzichtig handelende en oplettende consument. (*4) Bijgevolg zal een passende etikettering vaak voldoende bescherming bieden en valt een algemeen invoer- of verhandelingsverbod niet te rechtvaardigen met een beroep op consumentenbescherming. (*5) Ook etiketteringsvoorschriften van de lidstaten kunnen echter in strijd zijn met het vrije verkeer van goederen, o.a. indien specifieke taalvereisten gelden. (*6)

VI. Nationale monopolies van commerciële aard (art. 37 VWEU)

Gedurende zeer lange tijd bestond er onduidelijkheid over artikel 37 VWEU, maar het Hof van Justitie heeft in een reeks arresten uit de tweede helft van de jaren negentig meer klaarheid gebracht omtrent de juiste draagwijdte van deze verdragsbepaling. In recente rechtspraak lijkt het Hof het toepassingsgebied van artikel 37 VWEU verder te vernauwen in het voordeel van een bredere toepassing van artikel 34 VWEU.

Volgens artikel 37, eerste lid VWEU, dat directe werking heeft (*7), moeten de lidstaten hun nationale monopolies van commerciële aard aanpassen om ervoor te

(*1) HvJ 26 juni 1997, nr. C-368/95, *Familiapress*, ECLI:EU:C:1997:325, ro. 18.

(*2) Bovendien heeft het Hof in zijn rechtspraak betreffende art. 56 VWEU (vrij verkeer van diensten) nog extra doelstellingen van algemeen belang aanvaard, die, gezien de grote convergentie in de vrijverkeerrechtspraak van het Hof, vermoedelijk ook kunnen worden ingeroepen in het kader van art. 34 VWEU. Het betreft o.a. bescherming van de maatschappelijke orde (HvJ 24 maart 1994, nr. C-275/92, *Schindler*, ECLI:EU:C:1994:119, ro. 61), handhaving van de goede reputatie van de nationale financiële sector (HvJ 10 mei 1995, nr. C-384/93, *Alpine Investments*, ECLI:EU:C:1995:126, ro. 44), verzekerings-technische redenen (HvJ 28 april 1998, nr. C-118/96, *Safir*, ECLI:EU:C:1998:170).

(*3) Zie: HvJ 17 september 1998, nr. C-400/96, *Harpegnies*, ECLI:EU:C:1998:414, ro. 33; HvJ 14 december 2000, nr. C-55/99, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:2000:693, ro. 27.

(*4) HvJ 4 april 2000, nr. C-465/98, *Darbo*, ECLI:EU:C:2000:184, ro. 20; HvJ 24 oktober 2002, nr. C-99/01, *Linhart*, ECLI:EU:C:2002:618, ro. 31; HvJ 15 juli 2004, nr. C-239/02, *Douwe Egberts*, ECLI:EU:C:2004:445, ro. 46.

(*5) HvJ 26 juni 1980, nr. 788/79, *Gilli en Andres*, ECLI:EU:C:1980:171, ro. 7; HvJ 14 juli 1988, nr. 407/85, *Drei Glocken*, ECLI:EU:C:1988:401, ro. 16.

(*6) HvJ 3 juni 1999, nr. C-33/97, *Colim*, ECLI:EU:C:1999:274, ro. 40-43; HvJ 12 september 2000, nr. C-366/98, *Geffroy*, ECLI:EU:C:2000:430, ro. 25-28.

(*7) HvJ 3 februari 1976, nr. 59/75, *Manghera*, ECLI:EU:C:1976:14, ro. 16.

Artikel 37, tweede lid VWEU bevat een standstillbepaling, die directe werking heeft sinds de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag. (*1) Deze bepaling verplicht de lidstaten zich ervan te onthouden enige nieuwe maatregel te nemen die tegen de in het eerste lid vermelde beginselen indruist. De lidstaten mogen met andere woorden geen maatregelen nemen die een nieuwe discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten zouden invoeren met betrekking tot de voorwaarden van de voorziening en de afzet.

Artikel 37 VWEU viseert elk lichaam, in overheids- of particuliere handen, via hetwelk een lidstaat in rechte of in feite in staat is het handelsverkeer tussen de lidstaten rechtstreeks of zijdelings te beheersen, te leiden of aanmerkelijk te beïnvloeden. Net zoals de artikelen 34 en 35 VWEU, richt artikel 37 VWEU zich tot overheidshandelingen, met name waarbij aan een overheidslichaam of een particuliere instantie exclusieve rechten worden toegekend. (*2) De nationale overheid moet de iure of de facto dus de mogelijkheid hebben om via het betrokken overheidslichaam of de onderneming de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks te beïnvloeden. Het gaat meestal om de toekenning van exclusieve rechten inzake in- of uitvoer of een exclusieve koop- of verkoopbevoegdheid. Dergelijke nationale monopolies worden door de overheid in het leven geroepen voor specifieke producten, zoals alcohol (*3), geneesmiddelen (*4), aardolie (*5), elektriciteit of gas. (*6)

Artikel 37 VWEU verlangt niet de volledige afschaffing van deze nationale monopolies. (*7) Het vereist enkel dat de inrichting en de werking van het monopolie van die aard is, dat elke discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten betreffende de voorwaarden van voorziening en afzet is uitgesloten. (*8) Op die manier wordt verhinderd dat de handel in goederen uit andere lidstaten in rechte of in feite wordt benadeeld ten opzichte van de handel in nationale producten en de mededinging tussen de economieën van de lidstaten wordt vervalst. (*9) Artikel 37 VWEU heeft immers tot doel de voor de lidstaten bestaande mogelijkheid

(*1) HvJ 15 juni 1964, nr. 6/64, *Costa v. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66.

(*2) Of aan verschillende overheidslichamen, bijvoorbeeld regionale of lokale overheden elk voor hun grondgebied, of ondernemingen van dezelfde groep, zie HvJ 4 mei 1988, nr. 30/87, *Bodson v. Pompes Funèbres*, ECLI:EU:C:1988:225, ro. 13.

(*3) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504.

(*4) HvJ 31 mei 2005, nr. C-438/02, *Hanner*, ECLI:EU:C:2005:332.

(*5) HvJ 13 december 1990, nr. C-347/88, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1990:470.

(*6) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:1997:499; HvJ 23 oktober 1997, nr. C-158/94, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1997:500; HvJ 23 oktober 1997, nr. C-159/94, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:501.

(*7) HvJ 3 februari 1976, nr. 59/75, *Manghera*, ECLI:EU:C:1976:14, ro. 4 en 5.

(*8) HvJ 13 maart 1979, nr. 91/78, *Hansen*, ECLI:EU:C:1979:65, ro. 8.

(*9) HvJ 7 juni 1983, nr. 78/82, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1983:159, ro. 11.

om bepaalde monopolies van commerciële aard te handhaven als instrument bij het nastreven van doeleinden van algemeen belang, te verzoenen met de vereisten van de totstandbrenging en de werking van de interne markt. (*1) Deze bepaling heeft dus de eliminatie van belemmeringen van het vrije goederenverkeer als doel, met uitzondering van de aan het bestaan van zulke monopolies inherent beperkende gevolgen voor het handelsverkeer.

In oudere rechtspraak oordeelde het Hof dat artikel 37 VWEU slechts betrekking heeft op maatregelen die wezenlijk met de specifieke functie van het betrokken monopolie samenhangen. (*2) Het Hof van Justitie maakt in zijn rechtspraak daarom een onderscheid tussen bepalingen die het bestaan en de werking van het monopolie regelen en bepalingen die losstaan van de werking van dat monopolie. (*3) De eerste categorie bepalingen moet worden getoetst aan artikel 37 VWEU. Daarbij zal voornamelijk gekeken worden naar de wijze waarop een nationaal monopolie zijn uitsluitend(e) recht(en) uitoefent. Nationale voorschriften die losstaan van de werking van het monopolie, maar daarop wel een rechtstreekse invloed hebben, blijven buiten het bereik van deze bepaling. Deze tweede categorie bepalingen moet onder andere Verdragsbepalingen, zoals met name artikel 34 VWEU et seq., worden beoordeeld. (*4) Bovendien lijkt dit onderscheid ook belangrijke gevolgen te hebben voor de rechtvaardigingsgronden die kunnen worden ingeroepen (zie verder).

Als illustratie kan hier naar het *Rosengren* arrest verwezen worden. In dit arrest werd het Hof van Justitie gevraagd naar de compatibiliteit van de Zweedse wetgeving inzake de verkoop en import van alcohol, met het Unierecht. Enerzijds verschaft de Zweedse wet een monopolie aan Systembolegat voor de detailhandel, anderzijds werd het particulieren in beginsel verboden om alcoholhoudende dranken in te voeren. De Zweedse rechter vroeg aan het Hof van Justitie of dit laatste verbod kon aangemerkt worden als een bepaling inzake het bestaan en de werking van het eigenlijke monopolie. Het Hof merkte op dat het invoerverbod, hoewel het “*het vrij verkeer van goederen binnen de Europese Gemeenschap beïnvloedt, [...] als zodanig niet de uitoefening door dat monopolie van zijn exclusieve recht om op het Zweedse grondgebied alcoholhoudende dranken in het klein te verkopen [regelt]. Deze maatregel, die dus niet de uitoefening door dit monopolie van zijn specifieke functie betreft, kan dan ook niet worden geacht betrekking te hebben op het bestaan zelf van het monopolie.*” (*5)

(*1) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504, ro. 39.

(*2) HvJ 17 februari 1976, nr. 91/75, *Miritz*, ECLI:EU:C:1976:23, ro. 5; HvJ 13 maart 1979, nr. 86/78, *Peureux*, ECLI:EU:C:1979:64, ro. 35.

(*3) HvJ 13 maart 1979, nr. 86/78, *Peureux*, ECLI:EU:C:1979:64, ro. 34; zie: K. MORTELMANS (noot bij zaken nrs. C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94, *Commissie v. Nederland, Commissie v. Italië, Commissie v. Frankrijk, Commissie v. Spanje*, en nr. C-189/95, *Franzén*), *SEW* 1998, 33.

(*4) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504, ro. 67.

(*5) HvJ 5 juni 2007, nr. C-170/04, *Rosengren*, ECLI:EU:C:2007:313, ro. 21-22.

monopolie regelen en de bepalingen die hier los van staan, moeilijk blijft, blijkt uit de reeds aangehaalde *Visnapuu* zaak. Net als in de Zweedse *Rosengren*-zaak, creëerde de Finse wet een monopolie voor Alko inzake de detailhandel in alcoholhoudende dranken. Anders dan in de *Rosengren*-zaak, waar er een verbod op import voor particulieren gold, verplichtte de Finse wetgever particulieren om een vergunning voor detailverkoop te bekomen voor de invoer van bepaalde alcoholhoudende producten. Dit verschil deed advocaat-generaal BOT in *Visnapuu* besluiten dat de vergunningsplicht wel een bepaling was die de werking van het monopolie regelde. Immers, zonder een staatsmonopolie op de detailverkoop, houdt een vergunningsplicht voor invoer met het oog op detailverkoop geen steek. (*1) Het Hof oordeelde evenwel anders: de vergunningsplicht dient “*niet tot regeling van de werking van Alkos monopolie of de uitoefening van Alkos exclusieve rechten in de zin van de aangehaalde rechtspraak, daar op basis daarvan personen die niet Alko zijn en aan wie een vergunning is verleend, bepaalde groepen alcoholhoudende dranken mogen verkopen aan consumenten.*” (*2) De nationale bepalingen gevisieerd door artikel 37 VWEU zijn bijgevolg enkel de bepalingen die het bestaan en de werking van het staatsmonopolie regelen en niet overige bepalingen. Zoals DI CICCIO aangeeft (*3), lijkt deze recente rechtspraak in een verdere vernauwing van het toepassingsgebied van artikel 37 VWEU te resulteren, aangezien de vergunningsplicht toch wezenlijk, in de zin van de oudere rechtspraak (*4), met de specifieke functie van het monopolie lijkt samen te hangen.

Exclusieve in- en uitvoerrechten ten gunste van een monopolist vallen sowieso onder artikel 37, eerste lid VWEU. Dergelijke rechten leiden immers per definitie tot een verboden discriminatie ten opzichte van de in andere lidstaten gevestigde exporteurs, respectievelijk importeurs. Zij beïnvloeden rechtstreeks en op nadelige wijze de afzet-, respectievelijk bevoorradingsvoorwaarden van de handelaren of verkopers in andere lidstaten. (*5) Voor de toepassing van het discriminatieverbod van artikel 37, eerste lid VWEU is echter niet vereist dat de exclusieve invoerrechten voor een bepaald product alle importen omvatten. Het volstaat dat die exclusieve rechten zich uitstrekken tot een zodanig gedeelte van de import dat het monopolie de importen merkbaar kan beïnvloeden. (*6)

(*1) Conclusie van AG Bot van 9 juli 2015 in nr. C-198/14, *Visnapuu*, ECLI:EU:C:2015:463, ro. 138-140.

(*2) HvJ 12 november 2015, nr. C-198/14, *Visnapuu*, ECLI:EU:C:2015:751, ro. 91 (eigen nadruk).

(*3) L. DI CICCIO, ‘The *Visnapuu* Case: The Narrow Interpretation of Article 37 TFEU and the Consequent Failure in the Application of the ‘Certain Selling Arrangements’ Doctrine’, *Legal Issues of Economic Integration* 2016, 316-319.

(*4) HvJ 17 februari 1976, nr. 91/75, *Miritz*, ECLI:EU:C:1976:23, ro. 5; HvJ 13 maart 1979, nr. 86/78, *Peureux*, ECLI:EU:C:1979:64, ro. 35.

(*5) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-159/94, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:501, ro. 33-34.

(*6) HvJ 13 december 1990, nr. C-347/88, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1990:470, ro. 41.

Verkoopmonopolies worden niet per definitie door artikel 37, eerste lid VWEU gevat. Dit is enkel het geval voor verkoopmonopolies die aldus zijn opgezet dat de handel in goederen uit andere lidstaten rechtens of feitelijk wordt benadeeld in vergelijking met de handel in nationale producten. Opdat een verkoopmonopolie aan de toepassing van artikel 37, eerste lid VWEU zou ontsnappen, moet dus in concreto vaststaan dat het verkoopsysteem iedere discriminatie van producten uit andere lidstaten uitsluit. (*1)

In de zaak *Franzén*, eveneens betreffende het Zweedse alcoholmonopolie op de detailverkoop, heeft het Hof van Justitie op uitvoerige wijze onderzocht of buitenlandse alcoholische drank op enigerlei wijze worden benadeeld ten opzichte van binnenlandse. Een aantal jaren later heeft het Hof dezelfde test nog eens overgedaan met betrekking tot het Zweedse detailverkoopmonopolie voor geneesmiddelen. (*2) Uit beide zaken blijkt dat het Hof in hoofdzaak drie aspecten onderzoekt. In de eerste plaats wordt nagegaan of het selectiesysteem van het nationale verkoopmonopolie transparant is en berust op criteria die onafhankelijk zijn van de herkomst van de producten. Vervolgens moet het verkoopnetwerk van het monopolie voldoende uitgebreid zijn, zodat de levering aan de consument niet in gevaar komt. Ten slotte onderzoekt het Hof of de marketing- en reclamemaatregelen van het verkoopmonopolie onpartijdig zijn en onafhankelijk van de herkomst van de producten en of het nodige wordt ondernomen om nieuwe producten onder de aandacht te brengen van consumenten. Terwijl het Hof van oordeel was dat het alcoholmonopolie aan deze vereisten voldeed en bijgevolg geen inbreuk maakt op artikel 37, eerste lid VWEU, kwam het tot de tegenovergestelde conclusie met betrekking tot het geneesmiddelenmonopolie. Dat monopolie was in strijd met artikel 37, eerste lid VWEU, omdat zijn systeem voor de selectie van geneesmiddelen niet kon garanderen dat elke discriminatie van geneesmiddelen uit andere lidstaten werd uitgesloten. (*3)

Indien het Hof een inbreuk op artikel 37 VWEU vaststelt, blijft de vraag of de betrokken lidstaat het monopolie kan rechtvaardigen met een beroep op bepaalde verdragsuitzonderingen.

Vroeger werd ervan uitgegaan dat in geval van een inbreuk op artikel 37 VWEU, de lidstaat in kwestie nog een beroep kon doen op de rechtvaardigingsgronden van artikel 36 VWEU. (*4) Op basis van latere rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt deze stelling niet langer houdbaar te zijn. In het arrest *Franzén* en de

(*1) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504, ro. 40.

(*2) HvJ 31 mei 2005, nr. C-438/02, *Hanner*, ECLI:EU:C:2005:332.

(*3) HvJ 31 mei 2005, nr. C-438/02, *Hanner*, ECLI:EU:C:2005:332, ro. 44.

(*4) HvJ 13 december 1990, nr. C-347/88, *Commissie v. Griekenland*, ECLI:EU:C:1990:470, ro. 57-61; zie: P. J. SLOT (noot bij nrs. C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94, *Commissie v. Nederland*, *Commissie v. Italië*, *Commissie v. Frankrijk*, *Commissie v. Spanje*, en nr. C-189/95, *Franzén*), *CML Rev.* 1998, 1195, met verwijzing naar L. HANCHER (noot bij nr. C-347/88, *Commissie v. Griekenland*), *CML Rev.* 1991, 995.

diep kan worden gedaan op artikel 36 VWEU ter rechtvaardiging van nationale voorschriften die het bestaan en de werking van het monopolie regelen en die artikel 37 VWEU schenden. (*1)

Voor dergelijke nationale voorschriften kan enkel een beroep worden gedaan op artikel 106, tweede lid VWEU. (*2) Deze verdragsuitzondering kan worden ingeroepen indien de toepassing van de Verdragsbepalingen waarmee een exclusief recht strijdig is, in casu artikel 37 VWEU, de vervulling, in feite of in rechte, van de aan het betrokken monopolie toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Daarnaast mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet worden beïnvloed in een mate strijdig met het belang van de Unie. Net zoals bij een beroep op artikel 36 VWEU, moet de lidstaat die artikel 106, tweede lid VWEU inroept, het bewijs leveren dat de toepassingsvoorwaarden zijn vervuld. (*3) Het is dan aan de Commissie om het standpunt van de betrokken lidstaat in concreto te weerleggen en aan te tonen dat minder verregaande maatregelen beschikbaar zijn. (*4)

De mogelijkheid om de rechtvaardigingsgronden van artikel 36 VWEU in te roepen, bestaat wel voor nationale bepalingen die losstaan van de werking van dat monopolie, maar daarop een rechtstreekse invloed hebben. (*5) Deze nationale bepalingen vallen immers buiten het bereik van artikel 37 VWEU en moeten worden beoordeeld onder artikel 34 VWEU. In *ANETT* was het Hof, in tegenstelling tot de Commissie en de Spaanse overheid, van oordeel dat een Spaans verbod voor tabakskleinhandelaars om tabaksproducten in te voeren geen betrekking had op het bestaan of de werking van het tabaksmonopolie op kleinhandelsniveau. (*6) Hoewel het invoerverbod volgens het Hof een invloed kan hebben op de werking van het monopolie, met name doordat kleinhandelaars voor hun bevoorrading volledig afhankelijk zijn van in Spanje erkende groothandelaars, dient het er toch los van gezien te worden. Het verbod heeft immers betrekking op de upstreammarkt voor tabaksproducten en niet op de kleinhandel in tabaksproducten en in het bijzonder de selectie van de producten, het verkoopnet, de marketing of reclame. Voor de daaropvolgende beoordeling van het invoerverbod onder artikel 34 VWEU hanteert het

(*1) Sommige auteurs zien in het arrest *Franzén* (ro. 39-41) een indicatie dat het Hof van Justitie in art. 37 VWEU een 'rule of reason'-benadering zou hanteren, zie: K. MORTELMANS (noot bij nrs. C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94, *Commissie v. Nederland*, *Commissie v. Italië*, *Commissie v. Frankrijk*, *Commissie v. Spanje*, en nr. C-189/95, *Franzén*), *SEW* 1998, 33; P.J. SLOT (noot bij nrs. C-157/94, C-158/94, C-159/94, C-160/94, *Commissie v. Nederland*, *Commissie v. Italië*, *Commissie v. Frankrijk*, *Commissie v. Spanje*, en nr. C-189/95, *Franzén*), *CML Rev.* 1998, 1195.

(*2) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:1997:499, ro. 32; HvJ 23 oktober 1997, nr. C-158/94, *Commissie v. Italië*, ECLI:EU:C:1997:500, ro. 43; HvJ 23 oktober 1997, nr. C-159/94, *Commissie v. Frankrijk*, ECLI:EU:C:1997:501, ro. 49; HvJ 31 mei 2005, nr. C-438/02, *Hanner*, ECLI:EU:C:2005:332, ro. 47.

(*3) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:1997:499, ro. 51.

(*4) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-157/94, *Commissie v. Nederland*, ECLI:EU:C:1997:499, ro. 59.

(*5) HvJ 23 oktober 1997, nr. C-189/95, *Franzén*, ECLI:EU:C:1997:504, ro. 75.

(*6) HvJ 26 april 2012, nr. C-456/10, *ANETT*, ECLI:EU:C:2012:241.

Hof, in de lijn van *Commissie v. Italië en Mickelsson* (zie hierboven), een algemene markttoegangstest.

Daaruit blijkt dat het Spaanse invoerverbod voor tabakskleinhandelaars een verboden maatregel van gelijke werking vormt. Het belemmert immers de toegang tot de Spaanse markt voor uit andere lidstaten afkomstige tabaksproducten. In essentie zijn de kleinhandelaars immers volledig afhankelijk van het productassortiment dat door de erkende groothandelaars wordt aangeboden. De groothandelaars hebben minder voeling met de wensen van de consument (inclusief de vraag naar buitenlandse tabaksproducten) en zullen daar minder snel op inspelen. De Spaanse overheid probeerde het invoerverbod te rechtvaardigen met een beroep op dwingende vereisten van algemeen belang, zoals onder meer het waarborgen van een belasting-, douane- en gezondheidscontrole en bescherming van de consument, maar deze werden alle door het Hof verworpen.

Eenzelfde stramien zien we ook in de *Visnapuu* zaak. Nadat het Hof oordeelt dat artikel 37 VWEU niet van toepassing is op de vergunningsplicht, en aangezien deze niet kon aangemerkt worden als een verkoopsmodaliteit (zie supra), concludeert het dat de vergunningsplicht een maatregel van gelijke werking onder artikel 34 VWEU is. Met betrekking tot een eventuele rechtvaardiging erkende het Hof dat de Finse overheid legitieme doelstellingen (o.a. volksgezondheid) kon nastreven, maar liet het de concrete beoordeling van de evenredigheid aan de verwijzende rechter. (*1)

Het laatste lid van artikel 37 VWEU bepaalt dat bij de toepassing van de overige leden van artikel 37 VWEU op een monopolie dat voorziet in een regeling ter vergemakkelijking van de afzet of van de valorisatie van landbouwproducten, er gelijkwaardige waarborgen dienen te worden gegeven voor de werkgelegenheid en de levensstandaard van de betrokken producenten. Het betreft hier geenszins een uitzonderingsbepaling ten behoeve van bepaalde monopolieregelingen in de landbouw. Het derde lid is immers bedoeld tot gelding te komen bij de toepassing van de overige bepalingen van artikel 37 VWEU. Het heeft echter tot doel de nationale autoriteiten te helpen, zo nodig in samenwerking met de instellingen, maatregelen van een andere aard te nemen die de gevolgen compenseren die de afschaffing van de specifiek aan het monopolie verbonden discriminaties kan hebben voor de werkgelegenheid en de levensstandaard van de betrokken producenten. (*2)

(*1) HvJ 12 november 2015, nr. C-198/14, *Visnapuu*, ECLI:EU:C:2015:751, ro. 97-129.

(*2) HvJ 17 februari 1976, nr. 91/75, *Miritz*, ECLI:EU:C:1976:23, ro. 11.

